



**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
LISBOA**

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE
PERNAMBUCO – ESMAPE**

MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



**A REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
COLETIVO: CONTROVÉRSIAS NOS SISTEMAS
PROBATÓRIOS DO BRASIL E DE PORTUGAL**

**José Eustáquio de Melo Júnior
Professor Orientador Dr. José Luís Bonifácio Ramos**

**Lisboa
2016**

José Eustáquio de Melo Júnior



**A REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
COLETIVO: CONTROVÉRSIAS NOS SISTEMAS
PROBATÓRIOS DO BRASIL E DE PORTUGAL**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em
Ciências Jurídicas da
Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa,
como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José
Luís Bonifácio Ramos

Lisboa
2016

Nome: José Eustáquio de Melo Júnior

Título: A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. José Luís Bonifácio Ramos (Orientador)

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Assinatura: _____

Lisboa, setembro de 2016.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado trata da repartição do ônus da prova no processo coletivo nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Objetiva analisá-la, identificando as regras que devem ser aplicadas pelo juiz para a distribuição do encargo probatório no processo coletivo bem como avaliando a possibilidade de inversão do ônus da prova como regra de regência da repartição do encargo probatório. Para a consecução dos objetivos optou-se pelo emprego da legislação, da doutrina e da jurisprudência, por meio de pesquisa bibliográfica tendo por método de discussão adotado o método dedutivo. Justifica-se a razão da escolha temática pela legislação que rege as ações coletivas, tanto no Brasil como em Portugal, não possuir regramento claro e específico em torno da distribuição do ônus da prova, o que tem conduzido os juristas desses países a adotarem a aplicação subsidiária dos códigos de processo civil e, em consequência, da regra estática de distribuição do encargo probatório. Neste contexto, o presente estudo tem por premissa a inexistência de legislação processual clara e específica no Brasil e em Portugal, quanto à dilação probatória no processo coletivo o que tem implicado na adoção da regra estática de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil brasileiro e no Código Civil português. Nesse passo, a LACP que regula a ação civil pública no Brasil e a Lei n. 83/95 que regula a ação popular portuguesa não estabelecem claramente as regras de distribuição do ônus da prova no processo coletivo desses países, motivo pelo qual na condição de intérprete, procura-se apresentar a reflexão quanto ao emprego da regra estática de distribuição do ônus da prova quando se mostra plausível outra solução para a omissão legislativa. Estabelece a análise do processo coletivo no Brasil e em Portugal, destacando as suas semelhanças para, posteriormente, apresentar os pontos de distinção mais destacados da matéria. Destaca a semelhança existente nos dois ordenamentos jurídicos, notadamente em virtude da existência de leis especiais estabelecendo as regras gerais do processo coletivo e a semelhança na classificação dos interesses tutelados pelo processo coletivo. Aborda a prova no processo coletivo, apresentando as noções mais importantes relacionadas ao tema, como o destinatário, objeto, finalidade e necessidade da prova. Essa questão invoca a apresentação da doutrina dirigida à teoria geral da prova que se aplica ao processo coletivo. Enfrenta a temática dos poderes instrutórios do juiz no processo coletivo e o ativismo judicial, indicando a noção sobre o ativismo judicial e a estreita relação que se estabelece entre ele e os poderes probatórios do juiz no processo coletivo. Dessa forma, enfatiza a dimensão dos poderes instrutórios do juiz, temática que se encontra bastante analisada pela doutrina moderna, notadamente em virtude da discussão em torno da existência de um modelo misto, em substituição à dicotomia dispositivo x inquisitivo. Detalha os princípios com relevância para a repartição do encargo probatório no processo coletivo, analisando primeiro a prova civil e os princípios constitucionais que norteiam a sua produção, para, em seguida, estabelecer a análise dos princípios fundamentais da prova civil bem como do modelo processual cooperativo e sua estreita relação com o direito

probatório, enfatizando o princípio da cooperação que recentemente foi adicionado ao CPC/2015, mas que já se encontrava descrito no CPCpt. A esse propósito, relaciona o atendimento do devido processo justo com o respeito aos demais princípios constitucionais que envolvem a dilação probatória. Analisa também a inversão do ônus da prova no processo coletivo, apresentando as noções referentes à distribuição do ônus da prova, destacando-se as regras de repartição do encargo probatório, assim como os principais aspectos relativos à inversão do ônus da prova, especialmente os seus fundamentos, o seu momento e seus requisitos. Apresenta soluções para a repartição do encargo probatório no processo coletivo, com a consagração da inversão do ônus da prova no Brasil e a adoção da regra estática de distribuição do ônus da prova em Portugal. Conclui-se pelo emprego das seguintes regras, para repartição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro: a) art. 6º, VIII, do CDC como norma de regência, isto é, regra geral, desde que presentes os requisitos legais; b) não sendo possível a sua incidência, o juiz deve investigar a possibilidade de emprego do §1º do art. 373 do CPC/2015, aplicado subsidiariamente, com a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do encargo probatório, autorizando, também, a inversão do ônus da prova, mas sob novo fundamento; c) não havendo possibilidade de flexibilização, aplica-se a regra estática. Por outro lado, em Portugal, diante da omissão do legislador, a repartição do ônus da prova no processo coletivo obedece à regra estática, mas se mostra perfeitamente possível a convenção das partes sobre o encargo probatório, não havendo possibilidade de flexibilização das regras de repartição do encargo probatório em face da ausência de normas expressas ou suficientes para viabilizá-la.

Palavras-chave: repartição do ônus da prova; processo coletivo; ação civil pública; ação popular portuguesa; inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

This master's dissertation deals with the allocation of the burden of proof in collective procedure in the legal systems of Brazil and Portugal. It aims at analyzing that subject, identifying the rules the judge is expected to apply for sharing the burden of proof in collective procedure, and evaluating the possibility of shifting the burden of proof as the proper choice for allocating the burden of proof. To achieve the study's objectives, it reviews the legislation, scholarship and court precedents, through literature review based upon the deductive method for discussion. The topic is a product of the legislation regarding the collective proceedings both in Brazil and in Portugal, which brings no clear and specific rule for allocating the burden of proof. That fact has led legal scholars of both countries to adopt as an alternative their corresponding codes of civil procedure and, as a result, the static rule of allocating the burden of proof. Within this framework, this study works from the premise that there is no clear and specific procedural legislation in those countries setting forth a standard for production of evidence in the collective procedure, which leads to the adoption of the static rule of allocating the burden of proof provided for both the Brazilian Civil Procedural Code and the Portuguese Civil Code. In this sense, the LACP, which governs the public interest civil action [*ação civil pública*] in Brazil, and Law N. 83/95, regulating the citizen suit [*ação popular*] in Portugal, do not clearly establish standards for burden of proof in collective procedure for those countries. For that reason, from the interpreter's perspective, this study presents a reflection on the static rule of allocating the burden of proof when there is likely another solution to the legislative omission. It presents an analysis of collective procedure in Brazil and in Portugal, highlighting similarities to later present the most prominent points of distinction. It stresses the similarity in both jurisdictions, notably due to the existence of special laws establishing general standards for collective procedure and the similarity regarding classification of interests protected by the collective actions. It addresses the evidence in collective procedure, with the most important concepts related to the topic, such as the recipient, the subject matter, the purpose and the need of proof. This question refers to the presentation of legal scholarship concerning the general theory of evidence that is applicable to collective procedure. It covers the topic of instructive powers of the judge in collective procedure and the judicial activism, recalling the notion of judicial activism and its close relationship with evidentiary power of the judge in collective procedure. Thus, it emphasizes the dimension of the judge's instructive powers, a topic that is well analyzed by modern legal scholars, notably through the argument in favor of a mixed model, replacing the adversarial x inquisitorial dichotomy. It details the relevant principles to the allocation of burden of proof in the collective procedure by first analyzing the civil evidence and the constitutional principles steering its production; then, it analyses the fundamental principles of civil evidence and the cooperative procedural model and its close relationship with the law of evidence, emphasizing the principle of cooperation recently added to the Brazilian Code of Civil

Procedure of 2015, which was already part of the Portuguese Code of Civil Procedure. In this regard, it relates the obedience of the fair due process of law to other constitutional principles involving the production of evidence. After that, it analyzes shifting the burden of proof in collective procedure, from the notions concerning allocating the burden of proof, especially the rules for sharing the evidential burden. It analyzes the main aspects of shifting the burden of proof, especially its foundations, its time and its requirements. The study offers solutions for allocating the production burden in collective procedure, with the standard of shifting the burden of proof in Brazil and the adoption of the static rule for sharing the burden of proof in Portugal. The study finds that the following rules should be adopted for allocating the burden of proof in the Brazilian collective procedure: a) art. 6, VIII, of the Code of Consumer Protection as the proper choice, that is, the general rule, provided the existence of legal requirements; b) where the judge is unable to apply the CDC, he or she may seek the possibility to apply the §1, art. 373 of the Code of Civil Procedure, as an alternative, with the possibility of easing the rules for allocating the burden of proof, including the authorization for shifting the burden of proof, but on a different ground; c) where easing is impossible, the static rule should be applied. On the other hand, in Portugal, due to the legislator's omission, the allocation of the burden of proof in collective procedure follows the static rule, even though it is entirely possible for the parties to agree on the burden of proof, without the possibility of easing the rules for allocating the burden of proof since there are no express or sufficient rules supporting it.

Keywords: allocating the burden of proof; collective procedure; public interest civil action; Portuguese citizen suit; shifting the burden of proof.

LISTA DE ABREVIATURAS

art./arts. – artigo/artigos

c/c – combinado com

Cfr. – Conforme

cit. – citado

Coord. – Coordenador

Coords. – Coordenadores

Dir. – Diretor

f. – folhas

Min. – Ministro(a)

Org. – Organizador

n. – número

p. – página

pub. – publicado

vol. – volume

LISTA DE SIGLAS

Ac. – Acórdão

Ag no Resp – Agravo em Recurso Especial

AgRg no AREsp – Agravo regimental no Agravo em Recurso Especial

CA/1842 – Código Administrativo (DG 19-28/3/1842)

CA/1878 – Código Administrativo (aprovado por Carta de Lei de 13/5/1878)

CA/1940 – Código Administrativo (aprovado pelo Decreto-lei 31095, de 31/12/1940)

CCpt – Código Civil de Portugal (Decreto-lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966)

CDC – Código de Defesa do Consumidor do Brasil (Lei n. 8.078/90)

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC/1973 – Código de Processo Civil do Brasil (Lei n. 5.869/1973)

CPC/2015 – Código de Processo Civil do Brasil (Lei n. 13.105/2015)

CPCpt – Código de Processo Civil de Portugal (Lei n.º 41/2013)

CPP – Código de Processo Penal do Brasil (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro, de 1941)

CPPpt – Código de Processo Penal de Portugal (DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro)

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

EUA – Estados Unidos da América

HC – Habeas corpus

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Brasil)

LACP – Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85)

LDC – Lei de Defesa do Consumidor (Lei n. 24/96, de 31/7)

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional do Brasil (Lei Complementar n. 35/1979)

REsp – Recurso Especial

PL – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (Brasil)

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

STJpt – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra (Portugal)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PLANO DA TESE.....	19
1 DA TUTELA DO PROCESSO COLETIVO	23
1.1 RAZÃO DE ORDEM	23
1.2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	26
1.2.1 Breve esboço histórico	26
1.2.2 A noção de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	28
1.3 RESENHA DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL E EM PORTUGAL: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS.....	33
1.3.1 Microssistema processual coletivo brasileiro	38
1.3.2 O processo coletivo no direito português	43
2 A PROVA NO PROCESSO COLETIVO	46
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	46
2.1.1 Noção de prova	47
2.1.2 Destinatário da prova	50
2.1.3 Objeto da prova.....	54
2.1.4 Finalidade e necessidade da prova	62
2.2 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO E ATIVISMO JUDICIAL	68
2.2.1 Noção de ativismo judicial	70
2.2.2 Os poderes instrutórios do juiz: reflexões sobre sua extensão	76
2.2.3 A estreita relação entre a dilação probatória no processo coletivo e o ativismo judicial	84
3 PRINCÍPIOS COM RELEVÂNCIA PARA A REPARTIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO COLETIVO	87
3.1 A PROVA CIVIL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	87
3.1.1 O devido processo legal e o direito de produzir prova.....	95
3.1.2 Direito de ação, contraditório e produção de prova	100

3.1.3 A isonomia entre as partes e a iniciativa probatória	110
3.2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PROVA CIVIL	115
3.2.1 Princípio da relevância	117
3.2.2 Princípio da atipicidade da prova.....	121
3.2.3 Princípio da vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos	125
3.2.4 Princípio da aquisição e comunhão da prova	131
3.3 MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO E DIREITO PROBATÓRIO.....	134
3.3.1 Noções preliminares	134
3.3.2 O princípio da cooperação nos sistemas processuais brasileiro e português.....	138
3.3.2.1 A experiência brasileira	138
3.3.2.2 A experiência portuguesa	139
3.3.2.3 Deveres cooperativos	140
3.3.3 Manifestações do dever de colaboração na instrução processual	142
3.3.4 Consequências da inobservância do dever de cooperação	145
3.3.5 Reflexões sobre o modelo processual cooperativo brasileiro.....	151
4 A REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO .	155
4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	155
4.1.1 Noção de ônus da prova	155
4.1.2 Ônus da prova subjetivo e objetivo.....	159
4.1.3 Regras de repartição do ônus da prova no processo coletivo: apresentação e delimitação do problema.....	162
4.2 ASPECTOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO	173
4.2.1 Fundamentos.....	175
4.2.2 Momento.....	183
4.2.3 Requisitos	186
4.3 A SOLUÇÃO PARA A REPARTIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO COLETIVO.....	192
4.3.1 Razão de ordem: a interpretação em auxílio da investigação	193
4.3.2 A inversão do ônus da prova como regra na repartição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro	199

4.3.3 A repartição do encargo probatório no processo coletivo português e a impossibilidade de adoção da inversão do ônus da prova como regra	210
CONCLUSÃO	213
BIBLIOGRAFIA	229
JURISPRUDÊNCIA	244

INTRODUÇÃO

No Brasil, temos percebido o aumento significativo das demandas em tramitação perante o Poder Judiciário, fenômeno que não é recente e que demonstra estar acompanhando o crescimento populacional o qual, em certa medida, relaciona-se diretamente com o acréscimo dos conflitos de interesse estabelecidos na sociedade. O fenômeno também se explica pela facilidade de acesso ao Poder Judiciário no Brasil, especialmente em virtude da gratuidade da justiça e da consolidação dos Juizados Especiais Cíveis que se orientam, dentre outros, pelo princípio da informalidade que possibilita, por exemplo, que a própria parte postule sem assistência de advogado nas causas cíveis de até 20 (vinte) salários mínimos.

Essa constatação não se repete em Portugal, onde a partir do ano de 2013 a quantidade de processos pendentes de julgamento perante o primeiro grau de jurisdição se encontra em queda, conforme dados da Direção-Geral de Política de Justiça¹, o que se justifica, em parte, pela crise econômica que assolou a Europa recentemente e pelo elevado custo do processo judicial português.

Em comum os dois países possuem um jurisdicionado cujo principal anseio é a rápida solução de seu litígio, ou seja, o desejo de ver cumprido o princípio da duração razoável do processo, também concebido como celeridade processual². Para atingir esse objetivo, o ordenamento jurídico necessita de instrumentos efetivos coordenados de maneira harmônica e aptos a ensejarem o desenvolvimento da relação jurídica processual, dentre os quais se destacam as normas descritas nas legislações processuais civis.

¹ Informações colhidas no sítio: <http://www.siej.dgpj.mj.pt>.

² No Brasil, porém, paradoxalmente, a duração razoável do processo não se mostra mais como o principal centro de discussão da doutrina em relação ao Poder Judiciário de modo que se estabeleceu a necessidade de reflexão em torno da qualidade da decisão judicial. Essa constatação mostra-se muito clara quando se analisa o CPC/2015 e se percebe que a preocupação da legislação passou longe da duração razoável do processo e centrou-se na qualidade da decisão judicial.

Nesse contexto, existem situações nas quais um mesmo fato pode ensejar consequências para uma considerável quantidade de pessoas, como ocorre em relação ao ambiente e ao consumidor, tornando comum a possibilidade de estabelecimento das chamadas *demandas de massa*. Dessa maneira, os ordenamentos jurídicos desses países devem estar sensíveis ao acréscimo da litigiosidade supraindividual para encontrar alternativas que possibilitem o efetivo acesso à jurisdição.

A solução passa, porém, pela superação da aptidão individualista consagrada pelos legisladores desses países em suas leis processuais civis que emprestam a sua atenção, predominantemente à resolução dos litígios individuais, configurando verdadeiro ponto de partida para a discussão em torno da relevância do processo coletivo para a presente e futuras gerações. Significa que há necessidade premente de que o processo coletivo receba a regulamentação cabível de seu procedimento para que possa viabilizar a efetividade da justiça.

A esse respeito, portanto, o processo coletivo mostra-se como instrumento hábil e indicado para assegurar a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e ainda viabilizar a duração razoável do processo.

No Brasil, encontramos na LACP o regramento geral aplicável à ação civil pública e em Portugal a Lei n. 83/95 regula a ação popular, com fundamento no art. 52º, n. 3, CRP, como instrumentos de tutela desses interesses supraindividuais.

Todavia, no Brasil e também em Portugal, o legislador não estabeleceu claramente as regras de distribuição do ônus da prova no processo coletivo, de modo que tem prevalecido o entendimento na doutrina e na jurisprudência segundo o qual deve ser aplicada a regra estática descrita no CPC/2015 e CCpt.

A partir da omissão legislativa, percebemos claramente que a dilação probatória no processo coletivo apresenta alguns problemas relevantes e que não são tão simples de solucionar.

Dessa forma, afinal, diante da omissão legislativa, quais são as regras que devem ser aplicadas pelo juiz para a distribuição do encargo

probatório no processo coletivo? A inversão do ônus da prova pode ser empregada pelo intérprete como regra de regência da repartição do encargo probatório?

A presente investigação se propõe a responder a essas indagações no decorrer de seus quatro capítulos, sem, contudo, esgotar a discussão. O tema, entretanto, mostra-se bastante relevante para a ciência jurídica moderna e a investigação, pois poderá contribuir para o estabelecimento do debate e a procura de soluções.

Para a consecução de seus objetivos, a dissertação inicia-se com a análise do processo coletivo no Brasil e em Portugal, estabelecendo as semelhanças e diferenças entre os respectivos ordenamentos jurídicos.

Essa abordagem de plano possibilita a constatação da existência de um microssistema processual coletivo no Brasil que inexistia em Portugal e que é composto pela LACP, CDC e demais normas especiais que tutelam os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A caracterização do microssistema processual coletivo mostra-se bastante significativa para a presente investigação, pois possibilita estabelecer importantes parâmetros que vão indicar a admissão ou não de inversão do ônus da prova no processo coletivo brasileiro.

Outro aspecto de relevância analisado refere-se à prova no processo coletivo, pois se percebe perfeitamente a influência que as regras aplicáveis ao processo individual exercem sobre o processo coletivo o que em alguma medida acabou por influenciar o intérprete na aceitação do emprego da regra estática de distribuição do ônus da prova no processo coletivo.

Entretanto, a partir do estudo da prova, notadamente de seu destinatário, objeto, finalidade e necessidade, novos fundamentos são apresentados para a reflexão em torno da possibilidade ou não de mudança de paradigma e que se apresenta em relação à repartição do encargo probatório na ação coletiva.

Ainda são analisados os poderes instrutórios do juiz no processo coletivo e sua relação com o ativismo judicial.

O emprego dos poderes instrutórios pelo juiz, porém, apresenta-se ainda cercado por alguns questionamentos, dentre os quais se pode configurar como ativismo judicial.

A esse propósito apresenta-se o ativismo judicial, conforme a noção predominante na doutrina, inclusive estrangeira, mas se busca acrescentar argumentos para se estabelecer a reflexão em torno do sentido pejorativo do ativismo judicial e se efetivamente se justifica passados quase 70 (setenta) anos da adoção da expressão.

Além disso, realiza-se o estudo dos princípios, com relevância para a repartição do encargo probatório no processo coletivo que se mostra indispensável com o objetivo de viabilizar o devido processo justo.

Partimos da premissa de que o direito à prova tem base constitucional e que por essa razão é preciso estabelecer o respeito à isonomia das partes, ao contraditório e a ampla defesa como corolários do acesso à justiça.

Também são apresentados os princípios com relevância para a repartição do encargo probatório, especialmente porque influenciam a avaliação do juiz em relação aos meios de prova que efetivamente são necessários ou permitidos.

Ainda, o princípio da cooperação recebe atenção especial neste trabalho, pois apesar de haver sido consagrado há alguns anos no ordenamento português, no Brasil ingressou com a vigência do CPC/2015, razão pela qual estabeleceu um marco na discussão em torno dos modelos inquisitorial versus adversarial, especialmente porque ensejou a consagração de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, principalmente entre o juiz e as partes e vice-versa.

Implica também em reconhecer a existência de um modelo misto o que enseja a possibilidade de superação da discussão entre o predomínio do princípio inquisitivo ou dispositivo.

Por fim, é analisada a inversão do ônus da prova no processo coletivo, a partir da apresentação de noções fundamentais referentes ao ônus da prova e sua repartição para em seguida proporcionar a avaliação de seus principais aspectos, como fundamentos, momento e requisitos,

encaminhando para a apresentação de nossas soluções para os problemas propostos.

PLANO DA TESE

1. FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS DA INVESTIGAÇÃO

A investigação sobre a prova, especialmente num plano tão restrito quanto o do processo coletivo, não prescinde da análise de conceitos importantes estabelecidos pela doutrina e, em algum momento, até mesmo pela legislação.

Dessa maneira, é preciso abordar a noção de interesses supraindividuais, prova, ônus da prova, repartição do encargo probatório, carga dinâmica da prova, inversão do ônus da prova, ativismo judicial e poderes instrutórios do juiz a partir do que é possível desenvolver aspectos da repartição do ônus da prova no processo coletivo.

Por outro lado, porém, não podemos deixar de investigar os princípios com relevância para a repartição do encargo probatório, pois percebemos a grande influência que exercem sobre a construção do pensamento jurídico que se propõe nesta pesquisa.

Semelhantemente, a hermenêutica desempenha papel significativo na abordagem da repartição do ônus da prova no processo coletivo porque a carência de legislação expressa e, portanto, clara a respeito desse tema implica a necessidade de adoção de critérios científicos organizados para viabilizar a consecução da aplicação das normas de maneira subsidiária.

Por essa razão, mostra-se de vital importância a avaliação do acervo legislativo disponível ao intérprete e que vai viabilizar a construção do pensamento com valor científico, especialmente considerando a inexistência de códigos de processo coletivo no Brasil e em Portugal e a existência de normas especiais e dispersas nos seus ordenamentos jurídicos a respeito da tutela dos interesses supraindividuais.

Ainda teremos a oportunidade de abordar as teorias que se relacionam com os problemas propostos, dentre as quais se destacam

aquelas diretamente envolvidas no processo metodológico de construção do pensamento, especialmente a teoria da prova.

Essa visão proporciona a constatação dos avanços da ciência a respeito do tema proposto e indica a posição da moderna doutrina.

Percebemos que o debate sobre a repartição do encargo probatório no processo coletivo é muito importante, dada à massificação das demandas e à relevância dos interesses supraindividuais que tutelam, e encontramos autores que se dedicaram ao assunto como Eduardo Cambi no Brasil³ e Miguel Teixeira de Sousa em Portugal⁴.

Portanto, a repartição do ônus da prova no processo coletivo deve receber mais atenção dos pesquisadores, especialmente no Brasil, porque a vigência do CPC/2015 estabeleceu novos paradigmas para a divisão do encargo probatório no processo individual, de modo que a presente investigação apresenta novidade que pode ser importante para o estudo do assunto.

2. METODOLOGIA EMPREGADA

Para o desenvolvimento desta investigação, optou-se pelo método dedutivo e pelo emprego da pesquisa bibliográfica na leitura de legislação, de doutrina e da jurisprudência.

3. OBJETIVOS A ALCANÇAR

De um modo geral, o objetivo deste trabalho é analisar a repartição do encargo probatório no processo coletivo no Brasil e em Portugal.

Os objetivos específicos desta tese são os seguintes:

1º) identificar as regras que devem ser aplicadas pelo juiz para a distribuição do encargo probatório no processo coletivo;

³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

2º) avaliar a possibilidade de inversão do ônus da prova como regra de regência da repartição do encargo probatório.

4. JUSTIFICATIVA

O tema de estudo desta investigação é a prova, sob o título “A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal”.

O interesse pelo assunto surgiu a partir das aulas ministradas pelo Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos na disciplina *Prova* ainda durante a fase acadêmica do mestrado em Ciências Jurídicas, oferecido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em parceria com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, na cidade de Recife-PE. À época debateram-se diversos assuntos envolvendo a repartição do ônus da prova, o que me motivou a aprofundar a investigação sobre essa distribuição no processo coletivo e aceitar o desafio de analisar o tema à luz dos ordenamentos jurídicos: brasileiro e português.

Dessa forma, apesar de não se tratar de tema completamente novo, pois já fora objeto de investigação por parte de autores do porte de Eduardo Cambi e Miguel Teixeira de Sousa, em alguma medida não perdeu sua originalidade. De um lado, em virtude da vigência do CPC/2015 que modificou substancialmente o sistema probatório brasileiro, por exemplo, introduzindo o princípio da cooperação e estabelecendo expressamente a possibilidade de flexibilização da repartição do encargo probatório, mas mantendo como norma principal a regra estática de distribuição do ônus da prova. Por outro lado, a pesquisa se propõe a apresentar e confrontar as regras de repartição do ônus da prova no processo coletivo no Brasil e em Portugal o que para além do desafio pode-se considerar novo.

A utilidade da dissertação pode ser resumida na necessidade da retomada do debate em torno da criação de um código de processo coletivo para regular o procedimento da ação coletiva nesses países. É sabido que algumas tentativas foram frustradas anteriormente no Brasil, mas o fato é que recentemente sobreveio um novo CPC e é preciso harmonizar as regras

de repartição do encargo probatório do processo coletivo criando um sistema próprio, coerente e claro, deixando ao CPC/2015 o seu mister de norma residual dado o seu caráter individualista.

Além disso, a investigação ainda se justifica pelas seguintes razões:

- 1º) a legislação que rege as ações coletivas, tanto no Brasil como em Portugal, não possui regramento claro e específico em torno da distribuição do ônus da prova, o que tem conduzido os juristas desses países a adotarem a aplicação subsidiária dos códigos de processo civil e, em consequência, da regra estática de distribuição do encargo probatório;
- 2º) a omissão do legislador pode ensejar o emprego de técnicas diversas em cada caso concreto e colocar em risco a segurança jurídica, motivo pelo qual a discussão sobre os problemas apresentados e o estabelecimento de sugestões poderão contribuir para o avanço da ciência jurídica;
- 3º) inexistência no Brasil ou em Portugal um código de processo coletivo que regule de maneira adequada o procedimento do processo coletivo, notadamente a repartição do encargo probatório;
- 4º) o tema reveste-se de notória importância, em virtude do momento pelo qual atravessa o Brasil de massificação das demandas;
- 5º) assegurar a efetivação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos mostra-se indispensável atualmente, mas somente através do devido processo justo, essa tarefa será possível.

CAPÍTULO 1 – DA TUTELA DO PROCESSO COLETIVO

Neste capítulo analisaremos a tutela do processo coletivo, a partir da apresentação de breve relato histórico do seu surgimento e desenvolvimento nos ordenamentos jurídicos: brasileiro e português.

Ainda será objeto de análise a noção de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, especificamente se existe relevância na distinção de interesses e direitos bem e na sua classificação.

O capítulo apresenta resenha do processo coletivo no Brasil e em Portugal estabelecendo parâmetros comparativos com suas semelhanças e diferenças.

Dentre a semelhança destacada, será analisado o microsistema processual coletivo brasileiro, inexistente no ordenamento jurídico português e que agrega normas jurídicas esparsas e princípios específicos.

1.1 RAZÃO DE ORDEM

Estabelecer a microcomparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes normalmente não se mostra uma tarefa simples. É preciso, primeiramente, resistir à tentação de limitar a investigação ao mero confronto de códigos e leis de povos diversos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um. Além disso, outro ponto que se mostra extremamente relevante refere-se à eleição dos parâmetros de comparação escolhidos nos ordenamentos jurídicos dos dois países.

Esta investigação elegeu a comparação entre o processo coletivo brasileiro e o português, com ênfase nas controvérsias envolvendo a repartição do ônus da prova, baseada na proximidade dos países por questões culturais, políticas e históricas, especialmente em virtude das influências recíprocas que suas legislações sofreram em relação aos temas abordados nesta pesquisa. Conforme será analisado, o Brasil, por exemplo, a partir das definições contidas no CDC, influenciou o ordenamento português na adoção dos conceitos de interesses difusos, interesses coletivos e individuais homogêneos. Portugal, por sua vez, exerceu influência no

legislador brasileiro para a adoção do princípio da cooperação no CPC/2015.

Nesse passo, apesar de aparentemente a identificação das semelhanças se apresentar como encargo acessível ao intérprete, muitas vezes percebemos a possibilidade de estabelecimento de outro campo de comparação que pode haver escapado do investigador e que, assim, possibilitam extrair notáveis conclusões. No caso do processo coletivo, no Brasil e em Portugal, esse raciocínio mostra-se perfeitamente aplicável, uma vez que normalmente o estudioso se aplica à investigação das semelhanças entre os sistemas partindo das normas dirigidas à ação popular brasileira e a ação popular portuguesa.

De um lado, as principais razões que normalmente levam os investigadores a comparar a ação popular dos dois países são as seguintes: 1º) influência recíproca entre os dois países; 2º) identidade entre os nomes das ações; 3º) legitimidade do cidadão, presente nos dois diplomas que regem a matéria, em que pese a legitimidade no sistema português ser mais ampla; 4º) identificação entre os âmbitos de proteção das normas, novamente com maior amplitude no ordenamento jurídico português.

Por outro lado, porém, não podemos deixar de consignar que existem investigações que procuram estabelecer a comparação entre a ação popular brasileira e a portuguesa a partir do entendimento de sua diferença marcante que residiria na politização da ação popular brasileira que não se estaria presente na portuguesa⁵.

A nosso ver, não podemos ignorar que existe certo distanciamento entre a ação popular brasileira e a ação popular portuguesa, sintetizada da seguinte maneira: 1º) Portugal elegeu a ação popular descrita na Lei n. 83/95 como instrumento processual por excelência para a proteção de bens coletivos ao passo que o Brasil optou por uma série de instrumentos dirigidos ao mesmo fim, tais como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública; 2º) a ação popular brasileira limita-se à anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou entidade que o Estado

⁵ ROCHA, Gabriela Paes de Carvalho. *A legitimidade ativa na ação popular: uma análise comparativa entre Portugal e Brasil*. Lisboa, 2006. 46 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2006.

participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ao passo que a ação popular portuguesa dirige-se à prevenção, cessação ou perseguição judicial das infrações previstas no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição bem como à proteção da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, da proteção do consumo de bens e serviços, do património cultural e do domínio público, ou seja, o âmbito de proteção da lei portuguesa é bem superior se comparada com a brasileira; 3º) o âmbito subjetivo também se mostra diverso: enquanto a ação popular brasileira pode ser manejada por qualquer cidadão, a portuguesa pode ser ajuizada por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, pelas associações e fundações defensoras dos interesses resguardados pela lei, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda e pelas autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.

Dessa maneira, estabelecer a comparação entre a ação civil pública brasileira e a ação popular portuguesa parece-nos configurar excelente ponto de partida para a consecução desta investigação, pois existem inegáveis pontos de convergência que justificam essa iniciativa dentre os quais podemos citar os seguintes: 1º) a legitimidade da ação civil pública, mais abrangente do que a ação popular brasileira, encontra maior afinidade com a ação popular portuguesa; 2º) o âmbito de proteção dos interesses da ação civil pública e da ação popular portuguesa mostra-se mais parecido; 3º) a legislação aplicável tanto à ação civil pública quanto à ação popular portuguesa estabeleceu a possibilidade dessas ações revestirem-se de qualquer das formas previstas nos códigos de processo civil; 4º) os poderes instrutórios dos juízes brasileiros mostram-se maiores na ação civil pública do que na ação popular o que se mostra semelhante à ação popular portuguesa.

Em assim sendo, esta investigação procura estabelecer as semelhanças e diferenças entre o processo coletivo brasileiro e o português a partir da comparação entre a ação civil pública brasileira e a ação popular portuguesa, concentrando a discussão na temática da repartição do ônus da prova.

Por fim, é importante relevar que há situações controvertidas que se estabelecem a partir da análise do sistema brasileiro, mas isso não se repete necessariamente no português considerando especialmente a sua evolução e a opção do legislador lusitano pelo sistema mais simples do que aquele empregado pelo brasileiro.

1.2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.2.1 Breve esboço histórico

O surgimento do direito processual coletivo, a par da controvérsia doutrinária a respeito, remonta a duas fontes principais: a primeira, encontrada no Direito Romano, remete à ação popular em defesa das *rei sacrae*, *rei publicae*, segundo a qual ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública⁶. A segunda, refere-se às *representative actions* inglesas do século XII, havendo relatos históricos indicando que o marco do surgimento das ações coletivas seja o ano de 1199 fazendo referência ao caso do pároco Martin⁷. Cuida-se de ação ajuizada pelo pároco Martin, de Barkway, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas para, aparentemente, responderem por todos⁸.

De qualquer forma a doutrina indica que o desenvolvimento das ações coletivas ocorreu a partir das *class actions* norte-americanas, introduzidas no ano de 1842, com a edição da *Equity Rule 48*, que contou com os estudos elaborados por Joseph Story, iniciados em 1820⁹. Em 1912,

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 25.

⁷ TORRES, Artur Luis Pereira. *Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 37-63, 2010.

⁸ HIGA, Flávio da Costa. *Breves apontamentos sobre as class actions for damages*. Revista Trabalhista Direito e Processo, São Paulo, ano 10, p. 194-213, n. 38.

⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 165, p. 231-254, 2008.

ocorre a substituição da *Rule* 48 pela *Rule* 38, criticada em virtude das lacunas então existentes e somente no ano de 1938, com a publicação da *Rule* 23, que as ações coletivas começaram efetivamente a ganhar os contornos mais aproximados do que conhecemos hoje, mesmo assim, não se manteve livre de críticas, notadamente em face de sua redação confusa, complexa e abstrata, circunstância que impulsionou o movimento por reformas ocorridas no ano de 1966 e, posteriormente, nos anos de 1995, 1998, 2003 e 2005¹⁰.

No Brasil, no plano constitucional, a Constituição de 1934 previu em seu art. 113 a possibilidade de ajuizamento da ação popular para declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, instrumento que não foi contemplado pela Carta de 1937, mas que foi reintroduzido na Constituição de 1946 a partir de quando passou a integrar as demais Cartas no Brasil até os dias de hoje¹¹. Entretanto, encontramos algumas normas anteriores que já indicavam a preocupação do legislador brasileiro com a questão da representação coletiva como o Decreto n. 979, de 1903¹² e o Decreto n. 19.770/1931¹³.

A temática relativa ao direito processual coletivo, propriamente dita, porém, iniciou-se no Brasil a partir da publicação da Lei n. 1.154, de 1950, que estatuiu a possibilidade de associações de classes, fundadas nos termos do Código Civil, representarem coletiva ou individualmente seus associados perante as autoridades administrativas e da justiça ordinária.

Em Portugal, costuma-se afirmar que a ação popular derivou diretamente da *actio popularis* romana, ação popular supletiva¹⁴, mas as

¹⁰ TORRES, Artur Luis Pereira. *Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 37-63, 2010.

¹¹ TORRES, Artur Luis Pereira. *Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 37-63, 2010.

¹² Essa norma teve por escopo facultar aos profissionais da agricultura e das indústrias rurais a organização de sindicatos para a defesa de seus interesses.

¹³ Regulava a sindicalização das classes patronais e operárias, instituindo a estrutura sindical oficial.

¹⁴ MARTINS, Dayane de Oliveira. *Ação popular: uma análise comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e português*. Lisboa, 2008. 35 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2008.

primeiras manifestações sobre a tutela do processo coletivo encontram-se no art. 124º da Constituição de 1826 que estabelecia a possibilidade de juízes de direito e oficiais de justiça serem demandados por suborno, peita, peculato e concussão numa ação popular que podia ser ajuizada pelo próprio queixoso ou por qualquer do Povo. No âmbito do direito administrativo, havia distinção entre uma ação popular supletiva ou substitutiva, que se destinava a defender bens ou direitos da Administração lesados ou ameaçados por terceiros, quando tenha havido omissão desta (art. 369º CA/1878 e art. 369º CA/1940), e uma ação popular corretiva, que permitia a impugnação de atos da Administração Pública e, por isso, ajuizadas em seu desfavor (art. 29º CA/1842 e arts. 97º a 99º CPTA)¹⁵.

1.2.2 A noção de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Modernamente, é inegável que uma única conduta danosa possa afetar um grande número de sujeitos, razão pela qual se fala cada vez mais em litigiosidade de massas ou litigiosidade supraindividual¹⁶. Esse fenômeno encontra explicação na própria história da humanidade, notadamente em virtude do crescimento populacional mundial e consequente acréscimo de conflitos entre os seres humanos, mas desenvolve-se a partir da transformação da sociedade, de individualista que era em sociedade de massa¹⁷.

Nesse contexto, os ordenamentos jurídicos devem ser sensíveis a este acréscimo de litigiosidade supraindividual de modo que possam encontrar soluções que permitam o acesso efetivo à justiça por todas as pessoas atingidas, ou seja, é preciso encontrar formas adequadas de tutela coletiva para os interesses supraindividuais.

¹⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003, p. 109-110.

¹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003, p. 9.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 49-50.

Na consecução desse objetivo, apesar dos vários problemas que nem sempre são fáceis de solucionar, a primeira questão que se apresenta é exatamente a delimitação dos interesses ou direitos supraindividuais.

De plano, é preciso destacar que a distinção entre direitos e interesses não possui qualquer valia prática no ordenamento jurídico brasileiro que adota o sistema *uno* de jurisdição com solução de todas as controvérsias exclusivamente pela atuação do Poder Judiciário¹⁸, diferente da experiência portuguesa cujo legislador foi influenciado por essa diferença que se mostra importante em países que adotam o contencioso administrativo¹⁹.

A origem etimológica do termo *interesse* provém do vocábulo latino *inter esse*, que significa “estar entre”, no que resulta a ideia de ligação, isto é, de que o interesse é o elemento que conecta o sujeito com o bem²⁰. Dessa forma, podemos encarar o interesse sob dois aspectos distintos: 1º) numa perspectiva objetivista, o interesse representa a virtualidade que determinados bens possuem para satisfazer certas necessidades; 2º) num aspecto subjetivista, exprime uma relação de aptidão que se estabelece entre o sujeito carente e certas realidades aptas para a sua satisfação²¹.

É plausível concluir que o interesse estabelece a relação entre uma necessidade de um sujeito e um bem que a pode atender, ou seja, para todo interesse existe um ou vários titulares que podem satisfazer determinadas necessidades a partir de sua apropriação²².

Os interesses podem ser classificados como individuais ou coletivos a depender da divisibilidade ou indivisibilidade do bem apto a sua

¹⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Revista de Processo, vol. 75, p. 273, jul/1994.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. Revista Genesis de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, ano 3, n. 9, p. 321-332, abril-junho 1996.

²⁰ SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p. 22.

²¹ SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p.25.

²² SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003, p. 9.

satisfação sendo que os últimos podem ser divididos em difusos ou coletivos em sentido estrito²³.

O interesse individual é aquele cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário, isto é, somente certo indivíduo se beneficia caso o interesse seja bem exercido o que indica que a qualificação para o seu exercício é atribuída a seu portador²⁴.

Com relação aos interesses coletivos, a doutrina aponta três acepções para esse termo: 1ª) interesse pessoal do grupo; 2ª) interesse coletivo como “soma” de interesses individuais; 3ª) interesse coletivo como “síntese” de interesses individuais²⁵.

O interesse pessoal do grupo é mais restritivo e corresponde ao próprio interesse da pessoa jurídica, isto é, cuida-se de interesse que concerne predominantemente à pessoa jurídica. Em tal perspectiva, não se trata de interesse coletivo propriamente dito por que se dirige primacialmente à pessoa jurídica enquanto entidade, razão pela qual poderia ser chamado de “interesse social”.

O interesse coletivo como “soma” de interesses individuais é coletivo na forma, pois se qualifica como mera justaposição de interesses individuais, exercidos coletivamente, motivo pelo qual não se pode falar em verdadeiro *interesse coletivo*.

O interesse coletivo como “síntese” de interesses individuais qualifica-se como interesse coletivo propriamente dito, pois, apesar de ser originário dos interesses individuais, representa a síntese, um amálgama daqueles, criando uma nova realidade.

Os interesses coletivos costumam ser denominados pelos autores como metaindividuais, transindividuais ou supraindividuais e podem

²³ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha*. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-86, jul./dez. 2006.

²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-57.

assumir uma das três categorias: interesses individuais homogêneos, interesses coletivos ou interesses difusos²⁶.

Quanto aos interesses difusos, trata-se de interesses que pertencem, simultaneamente a cada um e a todos os membros de uma comunidade, motivo pelo qual são considerados *bens de titularidade difusa*²⁷, entretanto, não são susceptíveis de apropriação individual por qualquer desses membros²⁸. A característica primordial desses interesses é a fluidez de sua titularidade que, em consequência, implica uma tutela promovida independentemente da mesma²⁹.

Semelhantemente ao interesse difuso, o interesse coletivo também é titulado por uma pluralidade de sujeitos, mas ao contrário do interesse difuso, existe uma entidade concreta e provida de organização como centro de referência dos titulares do interesse, razão pela qual é possível determinar os sujeitos titulares do interesse³⁰. No interesse coletivo, resguardam-se sempre grupos organizados, para quem o legislador normalmente guarda importância, como, por exemplo, uma associação, um sindicato, um partido ou uma associação profissional³¹.

Todavia, existe uma terceira categoria de interesses que merece destaque, chamada de interesses individuais homogêneos, que configuram verdadeiros direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade³². Significa que esses interesses, em que pese manterem o seu caráter individual, se referem com homogeneidade de conteúdos a um

²⁶ SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p. 48.

²⁷ SÁ, Carla Sofia Rodrigues Neto de. *A acção popular ao serviço da tutela de interesses difusos: breve estudo*. Lisboa, 2014. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2014.

²⁸ SOUSA, Miguel Teixeira. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 55.

²⁹ SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p. 48.

³⁰ SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p. 57.

³¹ PUNZI, Carmine. *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*. Rivista di Diritto Processuale, Anno LVII (Seconda Serie), n. 3, p. 647-675, Luglio-Settembre 2002.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 80.

universo mais ou mais vasto de sujeitos, ou seja, os bens aptos à satisfação do interesse são divisíveis, idênticos entre os componentes do grupo³³.

No Brasil, a fórmula empregada pelo legislador foi a inclusão da distinção dos interesses (ou direitos) tuteláveis pelo processo coletivo na Lei n. 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – nos seguintes termos: a) interesses difusos, indivisíveis quanto ao objeto, com titulares indeterminados e indetermináveis (art. 81, parágrafo único, I³⁴); b) interesses coletivos, também indivisíveis quanto ao objeto, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, II³⁵); c) interesses individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum, ou seja, direitos divisíveis, com titulares determinados, mas que podem ser levados aos tribunais coletivamente (art. 81, parágrafo único, III^{36,37}).

O legislador português não empregou essa estratégia para a definição dos interesses supraindividuais, todavia, se inspirou na legislação brasileira para distinguir as três classes de interesses³⁸, presentes, por exemplo, nos arts. 3º, alínea “f”, 13º, alínea “c” e 20º da LDC.

Dessa forma, podemos afirmar que os interesses difusos vêm sendo conceitualmente afastados de outros interesses coletivos em razão da inexistência de um vínculo jurídico que ligue os seus titulares, antes, repousam sobre dados de fato, geralmente genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis, ao passo que se fala em interesses coletivos quando forem comuns a categorias de pessoas, unidas entre si por uma relação base,

³³ SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003, p. 69-70.

³⁴ I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

³⁵ II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

³⁶ III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

³⁷ De acordo com o art. 21 da LACP aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

³⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003, p. 44.

estabelecendo um vínculo jurídico que permite a identificação dos componentes do grupo³⁹.

Entretanto, num caso e no outro se trata de direitos transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade) e indivisíveis (só podem ser considerados como um todo)⁴⁰.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, representam interesses com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação ou padronização das relações jurídicas e das lesões decorrentes⁴¹.

1.3 RESENHA DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL E EM PORTUGAL: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

A primeira característica destacada que se apresenta comum aos dois ordenamentos jurídicos é a tripartição dos interesses tutelados pelo processo coletivo em interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, sendo expressamente definidos no Brasil no CDC e mencionados em Portugal na LDC, conforme consignado acima.

Nesse sentido, a ausência de definição expressa dos interesses tutelados pelas normas portuguesas, porém, não é suficiente para concluir pela inexistência desse critério descrito no CDC no ordenamento lusitano, notadamente quando é notória a influência que a legislação brasileira exerceu sobre a portuguesa.

Outro ponto de convergência encontra-se na inexistência de normas específicas em matéria processual com relação à repartição do ônus da prova no processo coletivo o que implica na necessidade de auxílio nos códigos de processo civil desses dois países, nos termos do art. 19 da

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 51.

⁴⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Revista de Processo, vol. 75, p. 273, jul/1994.

⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 80.

LACP⁴² e art. 12º, 2, da Lei n. 83/95⁴³ bem como na interpretação sistemática e teleológica dos dois ordenamentos jurídicos.

Entretanto, observamos claramente que tanto no Brasil como em Portugal o juiz encontra-se dotado de amplos poderes em matéria de colheita de prova no processo coletivo.

O art. 130 do CPC/1973 já estabelecia expressamente a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, norma reproduzida no art. 370 do CPC/2015.

Em Portugal, o art. 17º da Lei n. 83/95 entregou ao juiz a iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes.

Além disso, o art. 83 do CDC⁴⁴, à semelhança do art. 12º, 2, da Lei n. 83/95, estabeleceu a possibilidade de ajuizamento de ações de conhecimento, executivas ou cautelares para a tutela coletiva⁴⁵.

Todavia, o que observamos nesses países é a tendência pelo ajuizamento de ações de conhecimento para o acertamento da relação jurídica de direito material para, posteriormente, viabilizar eventual ação executiva.

Ainda podemos destacar que tanto no Brasil como em Portugal a legitimidade⁴⁶ para o ajuizamento da ação civil pública e da ação popular,

⁴² Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

⁴³ Art. 12º, 2: A acção popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil.

⁴⁴ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

⁴⁵ No direito brasileiro, porém, a tutela coletiva consagrada na ação popular limita-se à ação de conhecimento e à ação cautelar (Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular...*, cit., p. 329).

⁴⁶ No Brasil, a LACP estabeleceu a legitimidade nos seguintes termos: Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei n.

respectivamente, é concorrente e autônoma, ou seja, a legitimidade de uma pessoa não exclui a do outro, havendo a permissão ao exercício do direito de ação por um legitimado sem que haja a necessidade de intervenção dos demais. Significa então que no Brasil, assim como em Portugal, não se adotou o critério da representatividade adequada presente nas *class action* norte americanas e que consiste na possibilidade de o juiz verificar caso a caso, em face das circunstâncias, a seriedade e credibilidade da representatividade com o objetivo de aceitar ou não a legitimação⁴⁷.

Outro aspecto que também merece destaque refere-se à atuação do Ministério Público como fiscal da lei, quando não houver ajuizado a lide, seja na ação popular portuguesa⁴⁸ ou na ação civil pública brasileira⁴⁹. Em ambos os casos é possível que o Ministério Público assumira a legitimidade ativa da ação, em Portugal, em casos de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamento do autor popular que possa ser lesivo ao interesse público⁵⁰ e no Brasil em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada⁵¹.

Ademais, quanto à coisa julgada, observamos que tanto no Brasil como em Portugal estabeleceu-se como regra geral o regime da coisa

11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Entretanto, previu expressamente nesse mesmo artigo: § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei n. 8.078, de 1990). Em Portugal, a Lei n. 83/95 estipulou a seguinte legitimidade em seu art. 2º: 1 - São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de ação popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda. 2 - São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição. Essa lei previu no art. 16º: 1 - No âmbito de ações populares, o Ministério Público é titular da legitimidade ativa e dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe são conferidos por lei, podendo substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. Revista *Genesis de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba, ano 3, n. 9, p.324, 1996.

⁴⁸ Art. 16º, 1, da Lei n. 83/95.

⁴⁹ Art. 5º, §1º, da LACP.

⁵⁰ Art. 16º, 1, da Lei n. 83/95.

⁵¹ Art. 5º, §3º, da LACP.

julgada *erga omnes* para os casos de procedência ou improcedência, no último caso, salvo quando ocorrer por insuficiência de provas⁵².

Com relação às diferenças, percebemos de plano a existência em Portugal de um único instrumento processual por excelência – a ação popular – para a defesa de interesses ligados ao patrimônio público, compreendendo o patrimônio cultural, e a outros bens comunitários.

Diferentemente, no Brasil há duas vias processuais que podem ser empregadas para esse fim: 1ª) ação popular, regulamentada pela Lei n. 4.717/65, para defesa do patrimônio público em sentido lato e da moralidade administrativa; 2ª) ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/85, para defesa de todo e qualquer interesse ou direito difuso, coletivo ou individual homogêneo⁵³.

Em tal perspectiva, a doutrina brasileira aponta para a existência do princípio da não-taxatividade ou da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, descrito no art. 83 do CDC, segundo o qual existe uma série de instrumentos voltados para a tutela do processo coletivo dentre os quais ainda podemos citar o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXXIII, da CF/88)⁵⁴.

O regime da legitimação configura outra diferença: enquanto em Portugal a legislação admitiu o ajuizamento da ação popular por qualquer cidadão⁵⁵, no gozo dos direitos civis e políticos, no Brasil não há essa possibilidade de ajuizamento da ação civil pública cuja legitimação, segundo a LACP, encontra-se restrita e não contempla o cidadão⁵⁶.

⁵² Art. 19º, 1, da Lei nº 83/95 e art. 103, incisos I e II, do CDC.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. Revista *Genesis de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba, ano 3, n. 9, p.332, 1996.

⁵⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Ação popular – aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006, p. 75.

⁵⁵ Art. 2º da Lei n. 83/95.

⁵⁶ Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre

É relevante reconhecer no Brasil uma participação popular mais restrita em relação ao direito português, notadamente quando a defesa do consumidor, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos encontra-se sob a legitimidade de entes públicos e associações legalmente constituídas, mas um ponto de distanciamento encontra-se no regramento da responsabilidade civil.

De um lado, o legislador português, ao consagrar a responsabilidade civil subjetiva, previu o dever de indenizar o lesado pelos danos causados (art. 22º, 1, da Lei n. 83/95), limitou-se a prever a indenização, fixada globalmente, pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados (art. 22º, 2) e tratou de assegurar aos titulares de interesses identificados o direito à indenização nos termos gerais da responsabilidade civil (art., 22º, 3).

Por outro lado, o legislador brasileiro optou pela adoção de disciplina exaustiva da matéria, inclusive com a previsão na LACP de destinação pelo juiz da indenização nos casos de danos causados ao bem indivisivelmente considerado (difusos e coletivos), como o ambiente, a um Fundo específico⁵⁷, o que não ocorre com o magistrado português.

No caso de interesses individuais homogêneos, a disciplina encontra-se nos arts. 95 a 100 do CDC que, em resumo, previu a formulação de pedido genérico, sem indicação das vítimas e de seus sucessores; a prolação de sentença condenatória ilíquida para o caso de procedência do pedido; a liquidação personalizada do título executivo pelas vítimas e seus herdeiros, através de habilitação, na qual deverão provar o nexo causal com o dano geral e seus prejuízos pessoais, que deverão ser quantificados; e a execução individual das parcelas apuradas; a destinação da indenização ao Fundo criado pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, caso não haja habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁵⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Em relação à coisa julgada, também percebemos que a legislação portuguesa estabeleceu sua indiferença para as hipóteses do exercício do direito de autoexclusão, seja o pedido procedente ou improcedente⁵⁸ o que inexistia na norma brasileira. Todavia, o legislador português, diferente do brasileiro, adotou expressamente o critério do *opt out* e do *opt in*, previsto na *rule 23, c2 e c3* das *Federal Rules* de 1966, o que implica a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela os terceiros que forem intimados da demanda e não tiverem procedido ao pedido de exclusão⁵⁹ ou não se manifestarem depois de tomarem ciência da ação⁶⁰, ressalvado o direito de ainda recusarem a representação até o término da fase probatória⁶¹.

No Brasil, diversamente, a eficácia *erga omnes* do julgado, favorável ou desfavorável, somente foi adotada na hipótese de interesses indivisíveis (difusos e coletivos), salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas, mas no caso de interesses individuais homogêneos – divisíveis – a lei adotou o esquema da coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, isto é, em caso de procedência do pedido, todos os componentes do grupo, classe ou categoria serão beneficiados e, no caso de improcedência, a coisa julgada vai operar apenas para impedir novas demandas coletivas, assegurado o ajuizamento de ações individuais por aqueles que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes⁶².

1.3.1 Microssistema processual coletivo brasileiro

Estabelecidas as principais premissas distintivas e traçados os pontos mais sensíveis de aproximação entre o processo coletivo brasileiro e o português, faz-se necessária a abordagem das características específicas mais destacadas dos dois regimes legais.

⁵⁸ Art. 19º, 1, da Lei n. 83/95.

⁵⁹ Art. 15º da Lei n. 83/95.

⁶⁰ Art. 15º, 1, da Lei n. 83/95.

⁶¹ Art. 15º, 4, da Lei n. 83/95.

⁶² Art. 103, III e §2º, do CDC.

Nesse contexto, dada a sua importância, é preciso analisar o chamado microssistema processual coletivo no Brasil⁶³, que não existe em Portugal, e entendê-lo implica o conhecimento preliminar do desenvolvimento do processo coletivo no curso da história da legislação brasileira.

A publicação da Lei n. 4.717/65 – que regula a ação popular – introduziu no Brasil, dispositivos legais específicos sobre o processo, como os referentes à competência, à legitimidade passiva e ao processo.

Entretanto, o processo coletivo desenvolveu-se com maior rigor a partir da influência de Vittorio Denti e Mauro Cappelletti nos idos da década de 1970, imputando-se a José Carlos Barbosa Moreira a iniciativa de inaugurar na doutrina brasileira o trato do tema já a partir do início da década de 80⁶⁴.

Em 1985, com a promulgação da Lei n. 7.347, encontramos o mais marcante diploma legislativo sobre processo coletivo até então publicado no país e que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

A temática continuou a sua escalada ascendente o que resultou na introdução de dispositivos na Constituição Federal de 1988 notadamente: o art. 5º, LXXIII, ampliou o objeto da ação popular para contemplar a preservação da moralidade administrativa e proteção ao meio ambiente⁶⁵; o art. 5º, LXX, introduziu o mandado de segurança coletivo⁶⁶; o art. 129, III, estabeleceu a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação

⁶³ Eduardo Cambi prefere empregar a expressão *subsistema* e não microssistema. O autor sustenta que o Código de Processo Civil deixou de ser o centro de gravitação do ordenamento processual, ao ponto de regular a tutelar dos direitos individuais e o CDC, a dos interesses transindividuais.

⁶⁴ TORRES, Artur Luis Pereira. *Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 37-63, 2010.

⁶⁵ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁶⁶ LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

civil pública para a defesa do patrimônio público e social e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo⁶⁷; e o art. 129, §1º, previu a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública visando à proteção de qualquer interesse meta-individual⁶⁸.

A partir de então, houve a edição de algumas leis ordinárias dedicadas ao tema como, por exemplo, a Lei n. 7.853/89 (Lei de Defesa dos Interesses das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei n. 7.913/89 (Lei de Defesa dos Investidores do Mercado Financeiro); Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa); Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste); e Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

A existência de um microsistema processual para a tutela coletiva justifica-se, primordialmente, pelo caráter individualista presente no CPC/1973 – e reproduzido no CPC /2015 – que resulta na carência de regras específicas e princípios próprios que devem nortear a dinâmica da tutela de massa.

O fundamento desse microsistema processual encontra-se no policentrismo do próprio direito contemporâneo uma vez que os vários centros de poder – Constituição, códigos e leis especiais – harmonizam-se de maneira sistemática em torno da Constituição⁶⁹.

No Brasil, o CDC dedicou o seu Título III à defesa do consumidor em juízo estabelecendo critérios e suprimindo lacunas na legislação brasileira, como, por exemplo, a previsão da competência pelo domicílio do autor (consumidor); a vedação da denunciação da lide; o emprego de qualquer ação cabível para a defesa dos direitos dos consumidores; as regras específicas quanto à coisa julgada; as normas de legitimação; a regulamentação da relação entre a ação coletiva e a individual; a alteração e ampliação da tutela coletiva descrita na LACP. Esse Título III do CDC

⁶⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁶⁸ § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 48.

aplica-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, conforme previsão do art. 21 da LACP.

Todavia, podemos afirmar que o CDC assumiu a figura de agente unificador e harmonizador, formando um microssistema cuja principal característica consiste em adequar a sistemática processual vigente do CPC e da LACP para assegurar a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos razão pela qual se articula em microssistema processual para as ações coletivas.

Nesse sentido, de acordo com a visão de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, a principal consequência prática do desenvolvimento desse microssistema do processo coletivo brasileiro é que o CDC ergue-se como Código de Processo Coletivo Brasileiro ao passo que o CPC/2015 passa a assumir o papel de mero diploma residual, uma vez que seu efeito sobre o processo coletivo será sempre reduzido, com o objetivo de evitar que discipline demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais⁷⁰.

Significa, então, que as regras previstas no CDC e aplicáveis ao processo coletivo não podem se limitar àquelas previstas no seu Título III, especialmente quando encontramos outras normas no CDC que não se encontram nesse título, mas possuem extrema relevância para completar-se a unificação e harmonização do sistema, como o art. 6º, VIII e art. 51, VI.

Em assim sendo, o microssistema coletivo caracteriza-se pela reunião intercomunicante de vários diplomas de modo que é composto não apenas pelo CDC e a LACP, mas por todos os regramentos inerentes ao direito coletivo⁷¹, e o CPC assume contornos de mero diploma residual.

Além disso, a jurisprudência no Brasil corrobora essa tese da existência de um microssistema processual coletivo ao ponto do STJ haver se pronunciado pela existência de um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e interdisciplinar composto pela lei de improbidade

⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 56.

⁷¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Ação popular – aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

administrativa, lei da ação civil pública, lei da ação popular, lei do mandado de segurança coletivo, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso⁷².

Esse microssistema coletivo, porém, não se satisfaz somente por meio da integração de normas esparsas, antes, rege-se também por princípios específicos, cujo rol é meramente exemplificativo, não havendo unanimidade entre os autores brasileiros, que possibilitam a sua constituição estrutural.

Dentre esses princípios podemos enumerar os seguintes: 1º) princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; 2º) princípio da atipicidade do processo coletivo ou princípio da não taxatividade do processo coletivo; 3º) princípio da ampla divulgação da demanda coletiva ou princípio da informação e publicidade adequadas; 4º) princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo ou princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo; 5º) princípio da indisponibilidade da ação coletiva ou princípio da disponibilidade mitigada da ação coletiva; 6º) princípio do máximo exercício da tutela jurisdicional coletiva ou princípio da coisa julgada diferenciada; 7º) princípio da indisponibilidade da execução coletiva ou princípio da obrigatoriedade da execução coletiva ou princípio da obrigatoriedade da execução pelo Ministério Público; 8º) princípio da prioridade de tramitação; 9º) princípio da adequada representação ou princípio do controle jurisdicional da legitimação coletiva; 10º) princípio da integratividade do microssistema processual coletivo⁷³.

Por outro lado, porém, o microssistema não se encontra imune a críticas. Parece-nos que as tentativas de elaboração de um Código de Processo Coletivo no Congresso Nacional brasileiro⁷⁴ aliadas à insuficiência

⁷² STJ - REsp 510.150/MA, Relator: Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173.

⁷³ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Os princípios do processo coletivo como elementos integrantes de um microssistema processual coletivo*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 128, p.121-131, novembro/2013.

⁷⁴ No Brasil foram apresentados quatro projetos de lei para a criação de um Código de Processos Coletivos, nenhum deles aprovado pelo Poder Legislativo: 1º) Código de

das regras processuais referentes ao processo coletivo e descritas no CDC indicam que este diploma legislativo efetivamente não correspondeu ao anseio da doutrina que pretendia assumir o lugar de um verdadeiro Código de Processo Coletivo. É inegável que o CDC possui seus méritos enquanto agente unificador e harmonizador da sistemática processual vigente referente ao processo coletivo, mas emprestar-lhe o status de Código de Processo Coletivo parece-nos excessivo até mesmo porque, segundo os próprios autores, o CDC não contemplou todas as disposições atinentes ao processo coletivo brasileiro de modo que se mostra indispensável para o alcance da finalidade que atenda ao processo coletivo que se busque integrar, no que existe de positivo, os diversos diplomas que referem sobre as ações coletivas⁷⁵.

1.3.2 O processo coletivo no direito português

No direito português, a tutela jurisdicional dos interesses difusos encontra previsão no art. 52º, n. 3, da Constituição da República Portuguesa⁷⁶. Da leitura desse dispositivo, podemos extrair algumas conclusões importantes: 1ª) o legislador constituinte português optou pela distinção clara entre a tutela de interesses individuais, consagrada no art. 20, n. 1, da Constituição, e a tutela de interesses difusos, descrita no art. 52º, n. 3; 2ª) o art. 52º encontra-se destacado no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias de participação política, de modo que o direito de ação popular constitui exemplo de participação através da justiça; 3ª) diferente do que ocorre no Brasil, o legislador constituinte português

Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (Projeto Antônio Gidi); 2º) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; 3º) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; 4º) Anteprojeto de Código Brasileiro de Projetos Coletivos.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 52.

⁷⁶ 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

assegurou a qualquer cidadão a possibilidade de defender em juízo os interesses gerais da coletividade; 4ª) o legislador constituinte português optou por definir claramente o meio judicial para a tutela dos interesses difusos – ação popular –; as pessoas legitimadas para a defesa desses interesses – indivíduos e associações de defesa dos interesses difusos – e, por fim, a finalidade da tutela jurisdicional – preventiva ou repressiva da ofensa dos interesses difusos⁷⁷.

Além disso, a legislação ordinária portuguesa ocupou-se de regulamentar o direito de ação popular previsto no art. 52º, n. 3, da Constituição, principalmente por meio da Lei n. 83/95, de 31 de agosto, mas existem outras normas destinadas à tutela dos interesses difusos como a Lei n. 95/88, de 17 de agosto, que atribui às associações de mulheres legitimidade para exercer o direito de ação popular em defesa dos direitos das mulheres; Decreto-Lei n. 486/99, de 13 de novembro, que consagra uma ação popular para a proteção dos interesses coletivos e individuais homogêneos dos investidores não institucionais em valores mobiliários; Lei n. 107/01, de 08 de setembro, que concede o direito de ação popular às associações de defesa do patrimônio cultural; Lei n. 24/96, que prevê uma ação inibitória para a defesa dos interesses dos consumidores, outorgando a legitimidade ativa ao consumidor, às associações de consumidores ainda que não diretamente lesados, ao Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor quando estejam em causa interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; Decreto-lei n. 446/85, de 25 de outubro, que regula uma ação inibitória destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas⁷⁸.

Em análise da Lei n. 83/95, percebemos que no decorrer de seus 28 artigos, a norma regula o direito de participação popular na preparação de planos ou na localização e realização de obras e investimentos públicos (Capítulo II), o exercício da ação popular (Capítulo III) e a responsabilidade

⁷⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 128, p. 79-107, 2005.

⁷⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 128, p. 86-87, 2005.

civil e penal (Capítulo IV), reservando o Capítulo I às disposições gerais e o Capítulo V às disposições finais e transitórias.

Quanto a seu objeto, a Lei n. 83/95 trata da tutela de interesses ligados à saúde pública, ao ambiente, à qualidade de vida, à proteção do consumo de bens e serviços, ao patrimônio cultural e ao domínio público (art. 1º, 2), daí concluirmos que abrange os interesses difusos *strictu sensu*, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos, ou seja, de um lado, cuida-se de rol exemplificativo, por outro lado, excluem-se os direitos subjetivos e os interesses meramente individuais⁷⁹.

Em assim sendo, percebe-se claramente que a legislação portuguesa optou por estabelecer a ação popular como único instrumento processual para a defesa de interesses ligados ao patrimônio público em sentido lato no que difere da legislação brasileira na qual encontramos duas vias processuais aptas para esse fim: 1ª) a ação popular constitucional (Lei n. 4.717/65) e 2ª) a ação civil pública (Lei n. 7.347/85)⁸⁰.

⁷⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 128, p. 89, 2005.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, n. 09, ano 3, p. 312-332, 1996.

CAPÍTULO 2 – A PROVA NO PROCESSO COLETIVO

Neste capítulo, será estudada a teoria da prova no âmbito no processo coletivo, o que indica a necessidade de partirmos da avaliação de aspectos relevantes da prova no processo individual, mas que repercutem na tutela do processo coletivo, como a noção de prova, destinatário da prova, objeto da prova, finalidade e necessidade da prova.

O entendimento da prova no processo coletivo ainda depende da averiguação dos poderes instrutórios do juiz e sua relação com o ativismo judicial, questões que se mostram controvertidas.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A teoria geral da prova volta-se primordialmente para o processo individual tradicional, não havendo nas leis especiais normas específicas que regulamentem completamente a prova no processo coletivo, seja no Brasil ou em Portugal.

Implica reconhecer a força residual das normas processuais civis descritas nos códigos de processo civil desses países para buscar-se a integração do processo coletivo com relação à dilação probatória, contudo, sem que essa operação ocasione prejuízo à coerência do sistema e, assim, não contrarie os objetivos perseguidos pelo processo coletivo⁸¹.

Dessa maneira, a carência de regulamentação completa e específica da prova no processo coletivo indica que o magistrado deverá socorrer-se nas regras gerais descritas nos códigos de processo civil, mas seja no Brasil ou em Portugal, dada a finalidade do processo coletivo, também será necessário que se utilize da amplitude de seus poderes instrutórios para que a prova seja produzida sempre que for possível.

⁸¹ ALEXANDRIDIS, Georgios J. I. B. *Questionamentos sobre a prova no processo coletivo*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coord.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 107-125.

Antes, porém, de adentrarmos no estudo da regulamentação do ônus da prova e sua repartição no processo coletivo, é necessária a análise de alguns aspectos relevantes referentes à prova com destaque tanto no ordenamento brasileiro como no português.

2.1.1 Noção de prova

A prova tem sido um dos assuntos mais fascinantes do direito processual nos últimos anos, a nosso ver especialmente em face das reformas legislativas e avanços nas jurisprudências verificados em alguns países do mundo, com destaque para o Brasil e para Portugal, que recentemente aprovaram novos Códigos de Processo Civil⁸².

A palavra *prova*, advém do latim *probatio*, é sinônimo de ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, deriva do verbo *probare* que significa provar, verificar, ensaiar, examinar⁸³ e designa normalmente os vários meios com os quais pode ser demonstrada a ocorrência de um fato⁸⁴.

A noção de prova, porém, não se limita ao campo do direito⁸⁵, mas caracteriza-se como “elemento para validação dos processos empíricos”⁸⁶, de modo que num sentido genérico, indica verificação, demonstração ou constatação de autenticidade⁸⁷.

O conceito de prova normalmente não se encontra nas legislações dos países latino americanos, incluindo a brasileira, mas Santiago Sentis Melendo⁸⁸ lembra que existem exceções nas normas da Bolívia, no *Código*

⁸² No Brasil, a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 e em Portugal a Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

⁸³ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 83.

⁸⁴ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 31.

⁸⁵ Michele Taruffo adverte a respeito das variações de significado da expressão “prova” (TARUFFO, Michele. *Il concetto di prova nel diritto processuale*. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014).

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

⁸⁷ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 34-36.

⁸⁸ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 59.

de *Procederes del Mariscal Santa Cruz*⁸⁹, do Uruguai, no *Código de Procedimiento civil de la República Oriental del Uruguay*⁹⁰ e do Panamá, no *Código Judicial de la República de Panamá*⁹¹. Em Portugal não é diferente do Brasil, pois não se encontra o conceito de prova no Código Civil⁹² ou no Código de Processo Civil.

Hernando Devis Echandía sustenta que a prova em sentido processual possui um significado polifacético que justifica em certa medida a existência de diversas definições e concepções da expressão, dificultando encontrar-se uma noção precisa⁹³.

Entretanto, na doutrina encontramos alguns significados que o termo *prova* pode assumir no âmbito do processo, os quais podemos sintetizar nos seguintes: 1º) designando os meios que podemos utilizar para demonstração do *thema probandum*; 2º) enquanto procedimento probatório, isto é, o complexo de atividades reguladas pela lei por meio das quais o juiz e as partes adquirem os meios de prova para o processo; 3º) como resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento a que chega o juiz através dos meios de prova⁹⁴. Nesse mesmo sentido, encontramos as lições de Leo Rosenberg⁹⁵, Michele Taruffo⁹⁶, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁹⁷, Moacyr Amaral Santos⁹⁸, Víctor de Santo⁹⁹, Manuel A.

⁸⁹ Art. 257. Prueba es la averiguación jurídica de la verdad o falsedad de la demanda.

⁹⁰ Artículo 327. Prueba es la averiguación jurídica de la verdad o falsedad de los hechos alegados en el juicio.

⁹¹ Artículo 681. Prueba es el medio de averiguar la verdad de los hechos sobre que versa el debate judicial.

⁹² Decreto-Lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966.

⁹³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía – Editor, 1974, p. 20.

⁹⁴ DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 263-264.

⁹⁵ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, Tomo II*. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 200.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76-78.

⁹⁷ Os autores entendem que a prova pode significar: 1º) os instrumentos à disposição do magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos a sua apreciação; 2º) o procedimento através do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; 3º) a ideia da atividade lógica desenvolvida pelo juiz para conhecimento dos fatos e 4º) o resultado da atividade lógica do conhecimento (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57).

⁹⁸ Para Moacyr Amaral Santos, a prova na concepção judiciária consubstancia a convicção sobre os fatos alegados em Juízo (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 4 e 10).

Domingues de Andrade¹⁰⁰, Fernando Luso Soares¹⁰¹, Rui Rangel¹⁰² e Castro Mendes¹⁰³.

José Lebre de Freitas, porém, entende que existem apenas dois sentidos principais para a prova, ou seja, a prova como meio e a prova como resultado e a posição se justificam na medida em que o autor entende que, enquanto meio, a prova pode ser considerada em duas perspectivas: a) na perspectiva estática de fonte de prova e b) na perspectiva dinâmica do ato de produção em que se manifesta como fator probatório¹⁰⁴. No mesmo sentido a lição de Enrico Tullio Liebman¹⁰⁵. José Frederico Marques afirma que a prova caracteriza-se como elemento instrumental para que as partes possam influenciar o juiz na formação de sua convicção sobre fatos que afirmaram¹⁰⁶.

Da nossa parte, alinhado à corrente tripartite acima mencionada, defendemos que prova jurídica, judicial ou processual deve ser compreendida como a demonstração da verdade dos fatos relevantes e

⁹⁹ DE SANTO, Victor. *La prueba judicial teoria y práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 28.

¹⁰⁰ Segundo o autor, existem quatro aspectos para delimitar o termo *prova*: 1º) como atividade probatória ou instrutória, que se dirige aos fins próprios da instrução; 2º) como resultado, ou seja, a demonstração efetiva segundo a convicção do juiz da realidade de um fato; 3º) motivo ou argumento probatório, caracterizando os elementos que tenham produzido a convicção do juiz ou qualquer razão determinante para essa convicção; e 4º) meio de prova, que é todo elemento que auxilie o juiz na formação de sua convicção sobre os fatos (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979, p. 191).

¹⁰¹ Para Fernando Luso Soares, a expressão *prova* designa: 1º) atividade processual voltada para a demonstração da afirmação; 2º) a convicção da verdade encontrada pelo juiz como consequência do *actus probandi*; 3º) os motivos da prova, ou seja, as razões pelas quais o julgador chegou a uma determinada conclusão e forma dessa convicção; 4º) os meios de prova (SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil. Parte geral e processo declarativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. 424).

¹⁰² Rui Rangel considera que o termo *prova* possui as seguintes acepções: 1ª) atividade probatória destinada à demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo; 2ª) como resultado final, que consiste na verdade dos fatos alegados em juízos; e 3ª) enquanto meios de natureza diversa utilizados para investigar a verdade ou não dos fatos alegados em juízo (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 21-22).

¹⁰³ A lição de Castro Mendes é semelhante a de Rui Rangel (MENDES, João de Castro. *Direito processo civil, vol. III*. Lisboa: AAFDL, 1972, p. 182).

¹⁰⁴ FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum à luz do código revisto*. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 177.

¹⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile, II*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1981, p. 71-72.

¹⁰⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil, volume III*. Campinas: Millennium Editora, 2000, p. 323.

controvertidos no processo a partir das normas aplicáveis e de um procedimento legal.

2.1.2 Destinatário da prova

Estabelecida essa premissa, a questão que se coloca neste instante é sobre o destinatário da prova.

No Brasil a doutrina majoritária tem se dirigido no sentido de que o destinatário da prova é o juiz, com fundamento no art. 131 do CPC/1973¹⁰⁷, que estabelecia claramente que ao magistrado incumbia a livre apreciação das provas produzidas. No CPC/2015 a questão se encontra no art. 371 que manteve a necessidade de o juiz indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento¹⁰⁸, mas podemos enumerar outros dispositivos que justificam essa proposição¹⁰⁹.

Além disso, a prova dirige-se a produzir o convencimento do juiz a respeito da verdade dos fatos alegados pelas partes¹¹⁰ o que também justifica a afirmativa.

Nesse sentido, Giuseppe Chiovenda sustenta que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”¹¹¹, ou seja, estabelece o juiz como o destinatário da prova.

A jurisprudência majoritária tanto do Supremo Tribunal Federal¹¹² como do Superior Tribunal de Justiça também se dirige nesse mesmo sentido¹¹³, mas encontramos precedentes em sentido contrário¹¹⁴.

¹⁰⁷ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁰⁸ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁰⁹ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

¹¹⁰ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 38-39.

¹¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, volume 3*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 109.

Em Portugal, o art. 607º do Código de Processo Civil estabelece algumas diretrizes que indicam que o magistrado é o destinatário da prova. Primeiro, admite a possibilidade ao magistrado de ordenar a reabertura da audiência, quando entender que a questão não se encontra suficientemente esclarecida, oportunidade em que poderá ouvir as pessoas que entender e determinar a realização de diligências¹¹⁵. Também estabelece o dever do juiz de discriminar os fatos que considerada provados¹¹⁶ e quais os que julgam não provados, analisando criticamente as provas¹¹⁷. Por fim, a norma entrega ao magistrado a livre apreciação das provas segundo a sua prudente convicção, à exceção dos fatos para cuja prova a lei exija formalidade especial, os fatos que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados¹¹⁸.

A questão, porém, não se encontra pacificada, pois existem autores que sustentam ser o processo, e não o magistrado, o destinatário da prova, porque o juiz julga segundo as provas contidas no processo e não pode

¹¹² STF - ARE: 843684 GO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/11/2014, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 17/12/2014 PUBLIC 18/12/2014.

¹¹³ STJ - AgRg no AREsp: 73371 SP 2011/0186242-2, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 21/02/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2013.

¹¹⁴ STJ - REsp N. 1.564.127 - RS (2015/0276090-0). Relatora: Min. REGINA HELENA COSTA. Recorrente: Indústria de Conservas Minuano S/A. Advogado: Alexandre Schlee Gomes E Outro(S). Recorrido: Fazenda Nacional. Julgado em 27/11/2015. Publicado em 03/12/2015.

¹¹⁵ Art. 607º. 1 — Encerrada a audiência final, o processo é concluso ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias; se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias.

¹¹⁶ Art. 607º. 3 — Seguem -se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.

¹¹⁷ Art. 607º. 4 — Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.

¹¹⁸ Art. 607º. 5 — O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.

dispensar a produção da prova de fato controvertido, sob pena de cerceamento do direito de defesa¹¹⁹.

Outro grupo entende que “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”. Essa é a conclusão a que chegou o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis ao aprovar na cidade de Salvador, em 08-09 de novembro de 2013, o Enunciado n. 50¹²⁰. Essa visão é compartilhada por Guilherme Setoguti Pereira para quem é necessário romper-se o vínculo tradicionalmente estabelecido entre prova e convencimento judicial, de modo que as provas também se dirigem às partes¹²¹.

De acordo com Fredie Didier Júnior, as partes são destinatárias diretas da prova uma vez que o resultado da atividade probatória pode determinar, sem intervenção do juiz, o rumo de um processo em andamento ou evitar a judicialização de um conflito¹²².

William Santos Ferreira entende, porém, que o destinatário principal da prova é o juiz ao passo que os destinatários indiretos são aqueles que utilizarão a prova produzida para dar fundamento aos seus argumentos dentro do processo, como as partes e assistentes¹²³.

A nosso ver o destinatário da prova é o juiz, na medida em que a finalidade da prova é, primordialmente, buscar o seu convencimento sobre os fatos alegados pelas partes, de modo que não vislumbramos o processo como destinatário da prova, mas como seu destino, o que são coisas diversas, isto é, destinatário indica pessoalidade e destino simboliza local.

Santiago Sentis Melendo, nesse sentido, ao analisar para quem entende que a prova é para o processo, fundamenta a sua posição no

¹¹⁹ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 20.

¹²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMI, Eduardo (Coords). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 21.

¹²¹ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Verdade e finalidade da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 213, p.161-190, 2012.

¹²² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 52.

¹²³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

princípio da aquisição, ou seja, a partir do momento que a prova é produzida passa a integrar o processo¹²⁴; todavia, assevera que o destinatário da prova é o juiz¹²⁵.

Além disso, o processo, enquanto relação jurídica que se estabelece entre juiz, autor e réu, apesar de agregar as provas produzidas, não analisa, não pondera e nem decide, o que indica claramente que a razão de ser da prova e do processo é o magistrado, pois a ele incumbe não apenas a apreciação do conjunto probatório, mas a decisão aguardada pelas partes.

Também não podemos deixar de mencionar que se o processo fosse o destinatário da prova perderia a razão de ser o princípio da identidade física do juiz, descrito no art. 132 do CPC/1973¹²⁶, afinal, não haveria necessidade de vincular o magistrado responsável pela conclusão do processo a seu julgamento, se o destinatário da prova fosse o processo, não haveria relevância pois o magistrado seria responsável pela conclusão da instrução processual e consequentemente pelo julgamento do feito.

Nesse passo, o fato de o CPC/2015 não haver reproduzido essa norma não indica que sua exclusão do ordenamento deveu-se pelo reconhecimento do processo ou de outros sujeitos como destinatários da prova. Na verdade, sustentamos que cuidou-se de opção do legislador tão somente com o intuito de evitar que a recorrente discussão em segunda instância sobre o magistrado que julgou o feito sem haver presidido a instrução processual configurasse fator para a morosidade do processo.

Por último, o juiz é quem conduz e preside o processo, razão pela qual é de sua responsabilidade a remoção de obstáculos que se coloquem à frente do andamento regular do feito, inclusive indeferindo os requerimentos protelatórios das partes de produção desnecessária de prova.

¹²⁴ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 20.

¹²⁵ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 38.

¹²⁶ Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

A novidade da proposição de negócios processuais pelas partes, prevista no art. 190 do CPC/2015¹²⁷, a nosso ver, não mitiga essa afirmação, antes a ratifica, porque no parágrafo único, a norma processual civil estabelece que o juiz controlará a validade dessas convenções¹²⁸, ou seja, mesmo num ambiente cooperativo desejado pelo legislador com o CPC/2015 defendemos que o juiz mantém a direção do procedimento.

2.1.3 Objeto da prova

O objeto da prova também encerra algumas discussões no âmbito da doutrina e em menor grau na jurisprudência assumindo especial destaque aquelas sobre o que deve ser provado, se fatos ou alegações desses fatos, quais fatos devem ser provados e se seria cabível a prova de direito.

De um lado, autores sustentam que o objeto da prova são os fatos não reconhecidos ou notórios, pois dispensam a prova os fatos que não se possam negar¹²⁹.

Leo Rosenberg afirma que o objeto da prova normalmente são os fatos importantes, ou seja, aqueles que possam influenciar na resolução pelo magistrado; às vezes, das máximas de experiência e raras vezes dos preceitos jurídicos, negando que direitos e relações jurídicas possam ser objeto da prova¹³⁰. Segundo o autor, deve-se entender por fatos os acontecimentos e circunstâncias concretas delimitados no espaço e no

¹²⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹²⁸ Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, volume III*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia, 1945, p. 135; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil, volume III*. Campinas: Millennium Editora, 2000, p. 328.

¹³⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 209-211.

tempo, passados e presentes, do mundo exterior e da vida humana que o direito converteu em pressuposto de um efeito jurídico¹³¹.

Hernando Devis Echandia defende que o objeto da prova em geral é tudo aquilo que sendo de interesse para o processo pode ser suscetível de demonstração histórica e ainda que teoricamente as partes devam demonstrar as suas alegações no fundo elas recaem sobre a existência ou inexistência dos fatos¹³².

A lição de Rafael de Pina é semelhante ao aduzir que o objeto norma da prova são os fatos que englobam tanto os que dependem da vontade humana como aqueles que não dependem¹³³.

Victor De Santo assevera, no entanto, que o objeto da prova são os fatos considerados em sentido *lato*, isto é, tudo o que pode ser percebido como, por exemplo, a conduta humana, os fatos da natureza, os objetos materiais, a pessoa física humana e os estados e fatos psíquicos ou internos do homem¹³⁴.

Por outro lado, autores sustentam que o objeto da prova são as alegações das partes¹³⁵ sobre os fatos e fundamentam a sua posição na ideia de que os fatos existem ou não existem¹³⁶, independentemente do processo, cuja razão de ser, nesse aspecto, seria somente a declaração da verdade a respeito de uma afirmação de fato¹³⁷.

¹³¹ ROSENBERG, Léo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 209.

¹³² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 142-155.

¹³³ DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Libreria de Porrua Hnos Y Cia, 1942, p. 46.

¹³⁴ DE SANTO, Victor. *La prueba judicial teoria y práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 37-38.

¹³⁵ Dinamarco assevera que o objeto da prova “é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo esses fatos notórios nem presumidos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, volume III*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 57). No mesmo sentido TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.82.

¹³⁶ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 12.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

Nicolo Trocker assevera que a atividade probatória, que representa sem sombra de dúvidas o momento central do processo, encontra-se estritamente ligada às alegações e indicações dos fatos¹³⁸.

No Brasil, existe precedente jurisprudencial indicando que são as alegações e não os fatos que devem ser provados¹³⁹.

Todavia, é possível sustentar a existência de uma terceira via nessa discussão, qual seja a de que o objeto da prova depende do referencial empregado na análise de situação específica.

Sustentamos que essa é a posição assumida por Francesco Carnelutti ao afirmar que, de um lado, o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações “as quais não se conhecem, porém se comprovam, enquanto que aqueles [fatos] não se comprovam, senão que se conhecem”. Por outro lado, segundo o autor, o objeto da prova são os fatos e não as afirmações, quando se adota o termo *prova* como procedimento ou atividade, e não apenas comprovação¹⁴⁰.

Juan Montero Aroca também se posicionou nessa direção, quando afirma que fatos ou alegações podem ser objetos da prova a depender do seu referencial de modo que do ponto de vista abstrato, o objeto da prova são os fatos, mas serão as alegações das partes relativas aos fatos quando se referir a um processo concreto, ou seja, a depender do que pode ser provado ou do que deve ser provado, o objeto da prova serão os fatos ou as alegações sobre os fatos, respectivamente¹⁴¹.

Entendemos que o objeto da prova deve dirigir-se para os fatos porque “se as provas giram em torno de afirmações de fato, elas recaem diretamente sobre os próprios fatos afirmados”¹⁴².

No Brasil, essa tese se fundamenta na redação do art. 332¹⁴³ e do art. 333¹⁴⁴, ambos do CPC/1973, o primeiro que fazia alusão aos meios de

¹³⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 509.

¹³⁹ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EAC 91.04.16988-3 – RS – TR – Relator: Juiz VLADIMIR FREITAS – DJU 21.10.92.

¹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002, p. 67-68.

¹⁴¹ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 69.

¹⁴² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 5.

prova destinados para a verdade dos fatos e o outro que previa expressamente o ônus de as partes provarem fatos constitutivos (autor), e impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (réu). O CPC/2015 pouco alterou a redação desses dispositivos conforme se pode observar da leitura dos arts. 369¹⁴⁵ e 373¹⁴⁶.

A nosso ver, outro argumento que justifica a tese de que os fatos são o objeto da prova encontram-se no art. 462 do CPC/1973¹⁴⁷ o qual consagrava a possibilidade de o juiz, mesmo de ofício, tomar em consideração o fato superveniente quando constitutivo, modificativo ou extintivo do direito da parte e influenciar no julgamento da causa, norma que se encontra no art. 493 do CPC/2015¹⁴⁸. Implica reconhecer que se permite ao magistrado analisar um fato novo que interesse à resolução da demanda mesmo que as partes não tenham alegado algo a seu respeito.

Em Portugal o art. 341º do Código Civil estabelece que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”; o art. 342º do mesmo diploma estipula a distribuição do ônus da prova à semelhança do que ocorre no Brasil¹⁴⁹; e o art. 346º desse Código permite a produção de contraprova a respeito de fatos¹⁵⁰, o que pressupõe que os fatos serão objeto da prova.

¹⁴³ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹⁴⁴ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁴⁵ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

¹⁴⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁴⁷ Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

¹⁴⁸ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

¹⁴⁹ 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.

¹⁵⁰ Salvo o disposto no artigo seguinte, à prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ônus probatório pode a parte contrária opor contraprova a respeito dos mesmos

Outro fundamento que sustenta a alegação se encontra no art. 5º do CPCpt o qual prevê expressamente a possibilidade do magistrado analisar fatos não alegados pelas partes¹⁵¹, ou seja, consagra-se o princípio inquisitivo, amplia-se o poder instrutório do juiz e concretiza-se a possibilidade de fatos não alegados pelas partes serem objeto da prova.

Todavia, não há como negar que os fatos, em regra, devem ser alegados pelas partes, em virtude do princípio dispositivo que norteia o processo civil neste contexto, afinal, o requerimento para a produção das provas decorre, em regra, das partes e apenas excepcionalmente se pode admitir que o magistrado, de ofício, determine a sua produção¹⁵².

Roland Arazi tem entendimento nessa direção, quando assevera que os fatos são o objeto da prova, mas que existe a necessidade de serem alegados pelas partes¹⁵³. Se de um lado os fatos existem ou não existem, por outro lado, busca-se com a prova a representação mais próxima possível da realidade passada, o que somente se pode considerar a partir das alegações das próprias partes. Ainda resta esclarecer quais os fatos que devem ser provados.

Em breve resumo, podemos concluir que nem todo fato alegado pelas partes deverá ser objeto de prova, pois somente aqueles que forem considerados controvertidos¹⁵⁴ e relevantes¹⁵⁵ pelo magistrado deverão ser

factos, destinada a torna-los duvidosos; se o conseguir, é a questão decidida contra a parte onerada com a prova.

¹⁵¹ 2 — Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz: a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa; b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar; c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

¹⁵² Nesse sentido o art. 130 do CPC/1973: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O CPC/2015 contém norma semelhante: Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

¹⁵³ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 32.

¹⁵⁴ Fatos controvertidos são aqueles afirmados por uma parte e negados ou impugnados pela outra e por fato relevante deve-se entender o que consubstanciar alguma utilidade para o julgamento do processo, pois fato irrelevante para o desate da demanda não deve ser objeto de prova diante de sua desnecessidade.

¹⁵⁵ Os fatos impertinentes e inconsequentes não necessitam ser provados (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, volume I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 457).

objeto da investigação¹⁵⁶, ou seja, o fato pertinente ao aspecto controvertido da demanda e cuja existência ou não influencie o pronunciamento judicial¹⁵⁷.

Todavia, no Brasil o CPC/1973 já estabelecia a necessidade de a parte provar fatos incontrovertidos relativos a direitos indisponíveis ou de estado da pessoa¹⁵⁸, havendo normas semelhantes no CPC/2015¹⁵⁹, e enumerava as hipóteses legais dos fatos que não dependiam de prova¹⁶⁰, no que foi copiado pelo CPC/2015 (art. 374). O art. 412º do CPCpt possui norma semelhante à brasileira enumerando os casos que não carecem de prova¹⁶¹.

Rafael de Pina entende que fatos impossíveis, impertinentes ou inúteis, não podem ser objetos de prova, em virtude do princípio da economia processual¹⁶².

Entretanto, defendemos que a parte deve provar os fatos tidos como improváveis ou impossíveis, mesmo quando incontrovertidos, isto é, aqueles fatos que por circunstâncias de lugar, tempo e modo de execução mostram-se em desacordo com o atual estágio de evolução da ciência.

¹⁵⁶ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 44.

¹⁵⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2, Tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 233, no mesmo sentido.

¹⁵⁸ Nesse sentido os arts. 302, 320 e 351 do CPC/1973.

¹⁵⁹ Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

¹⁶⁰ O art. 334 do CPC/1973 estabelece que não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV – em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade.

¹⁶¹ 1 — Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral. 2 — Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove.

¹⁶² DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Libreria de Porrúa Hnos Y Cia, 1942, p. 46-47.

Quanto à prova do direito, o brocardo *iura novit curia* indica a ideia de que o direito deve ser conhecido pelo juiz razão pela qual a doutrina discute se haveria a possibilidade de o direito ser objeto de prova no processo.

Primeiro, defendemos que não se trata de provar direito, cuida-se de prova de fatos, ou seja, a existência de determinado texto legal e a sua vigência¹⁶³.

No Brasil, o art. 337 do CPC/1973 estipulava que na hipótese de a parte invocar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, caberia a ela fazer prova de seu teor e de sua vigência¹⁶⁴, norma reproduzida no art. 376 do CPC/2015.

Entretanto, autores sustentam que essa disposição somente seria aplicável naquelas hipóteses nas quais a norma invocada fosse de uma localidade diferente da Comarca na qual o juiz exerce a jurisdição porque seria seu dever o seu conhecimento¹⁶⁵.

Não concordamos, porém, com essa posição, por três motivos: 1º) a norma descrita não contém essa exigência, não cabendo ao intérprete restringi-la para impor essa obrigação ao magistrado; 2º) esse entendimento não se mostra exequível no Brasil, onde existem inúmeros Municípios¹⁶⁶ e várias normas municipais e estaduais, em especial, e nessas localidades o magistrado deve exercer a sua jurisdição em que pese o acesso a essas normas ser extremamente difícil em face da precária publicidade que a elas é dada pelos legisladores, dificultando o seu conhecimento pelo juiz¹⁶⁷; 3º) cuida-se de ônus da parte que invoca a norma, não de dever do juiz, ou seria

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 134-135, no mesmo sentido.

¹⁶⁴ Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

¹⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.17.

¹⁶⁶ Segundo o IBGE existem no Brasil 5.561 Municípios.

¹⁶⁷ MICHELI, Gian Antônio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 123, assevera que cuida-se de normas jurídicas que escapam da cultura ordinária dos magistrados.

desnecessária a existência desse preceito caso houvesse imposição de o magistrado sempre conhecê-la¹⁶⁸.

Quanto ao incumprimento do disposto na norma acima descrita, de um lado, existem autores que, com base numa interpretação literal do art. 337 do CPC/1973, defendem que será declarado pelo magistrado o descumprimento do ônus processual pela parte e, portanto, o julgamento ocorrerá sem a consideração dessa norma em claro prejuízo à parte.

Admitimos essa hipótese naqueles casos em que a parte expressamente manifesta-se pelo incumprimento do preceito descrito, alegando que ao magistrado é dado o conhecimento da norma faltante, e, ainda, quando nada requer ao juiz porque se cuida de ônus da parte que assume as consequências de sua inércia.

Por outro lado, porém, numa visão de cooperação dentre os sujeitos do processo, quando a parte aduzir que não dispõe da norma nem dos meios para consegui-la, poder-se-ia dizer que ao magistrado é facultada a busca por essa norma, quando imprescindível para a solução da controvérsia, com fundamento no art. 130 do CPC/1973, solicitando-a ao órgão legislativo competente¹⁶⁹, entendimento que, a nosso ver, se amolda melhor ao processo civil moderno nesse caso.

De nossa parte sustentamos que a norma em referência implica encargo da parte que invocar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, em verdadeira atividade de colaboração com o magistrado, provar dois fatos: 1º) a sua existência e 2º) a sua vigência, seja por meio da

¹⁶⁸ Segundo Santiago Sentis Melendo o juiz necessita de ajuda quando se depara com direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, auxílio que decorre das partes que invocam essas normas (MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p.14). Gian Antônio Micheli aduz, a respeito, que se trata de verdadeira atividade de assistência das partes ao magistrado na busca de uma norma que é, em princípio, desconhecida por ele, e que assume relevância no processo, pois se trata de exercício de poder, idêntico àquele que as partes dispõem para a prova dos fatos (MICHELI, Gian Antônio. *Curso de derecho procesal civil, volume I, Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1970, p. 125).

¹⁶⁹ No Brasil, poucas Câmaras Municipais possuem páginas na internet para acesso a suas normas e os cidadãos muitas vezes têm dificuldade de obter pessoalmente essas normas, em face da precariedade de sua publicidade, não restando outra alternativa senão a da intervenção judicial para a sua obtenção.

juntada de documento ou de pedido ao magistrado requerendo o seu acesso ao Poder Legislativo quando difícil o seu acesso.

2.1.4 Finalidade e necessidade da prova

De início, a esta altura, não custa lembrar que a finalidade, a necessidade e o objeto da prova não se confundem.

Conforme restou consignado no item anterior, o objeto da prova, desde o ponto de vista geral ou abstrato, é tudo o que pode ser suscetível de demonstração histórica e não apenas lógica, ou seja, o objeto da prova judicial é uma noção objetiva e abstrata porque não contempla os problemas de cada processo ou a posição das partes em relação aos fatos¹⁷⁰.

Dessa forma, diversamente, podemos enumerar três teorias a respeito da finalidade da prova: 1ª) sustenta que a finalidade da prova é procurar estabelecer os fatos no processo; 2ª) considera a finalidade da prova o estabelecimento da verdade; e 3ª) estima o convencimento do juiz para buscar a certeza de sua decisão como a finalidade da prova¹⁷¹.

Em relação a primeira corrente, alguns doutrinadores¹⁷² têm sustentado que provar significa representar atos passados, ou seja, tornar presentes fatos que já se passaram¹⁷³.

Entretanto, é preciso refletir um pouco a respeito dessa proposição, na medida em que nem sempre é possível a obtenção da reprodução dos fatos da maneira como eles ocorreram, especialmente quando a prova testemunhal é a base da instrução probatória, pois as percepções humanas são diferentes, existe a possibilidade de conluio da parte com a testemunha e a produção da prova baseia-se nas alegações das partes que podem não refletir com clareza os eventos ocorridos.

¹⁷⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 186.

¹⁷¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 239.

¹⁷² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979, p. 190.

¹⁷³ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 100.

Sendo assim, entendemos que a prova não se dirige à reconstrução dos fatos passados os quais são utilizados como supedâneo para o julgamento da causa e consequente incidência da regra jurídica, antes, consubstancia-se como peça de argumentação e elemento de convencimento do magistrado¹⁷⁴.

Além disso, essa finalidade da prova, de estabelecer os fatos do processo, justifica-se em sistemas que adotam a prova tarifada¹⁷⁵, o que não é o caso do Brasil, em regra. Em assim sendo, não admitimos essa possibilidade de a finalidade da prova dirigir-se ao estabelecimento dos fatos do processo.

Quanto à segunda teoria, Michele Taruffo, ao analisar a concepção epistêmica da função da prova, assevera que a prova é o instrumento pelo qual o juiz pode verificar a veracidade dos fatos subjacentes à decisão, ou seja, a prova é o único meio de conhecimento da verdade dos fatos e na apreciação dos fatos o juiz deve pautar-se unicamente na evidência de que tenha sido adquirido no processo¹⁷⁶.

Guilherme Setoguti Pereira afirma que a finalidade da prova é a busca da verdade por meio da reconstrução histórica do fato e sustenta que não haveria sentido na invocação de valores como legalidade e justiça se não fosse possível reconhecer que a verdade dos fatos é condição para a aplicação correta da norma, sendo necessário que as provas sejam dirigidas também às partes¹⁷⁷. A crítica que se faz à segunda teoria é a de que nem sempre a prova corresponderá à verdade dos fatos.

Essa ideia de imputar à prova o intento de possibilitar a verificação das afirmações sobre os fatos alegados pelas partes, da maneira mais próxima possível da realidade, também foi mencionada por Aroca, que

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 53, na mesma direção.

¹⁷⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 248.

¹⁷⁶ TARUFFO, Michele. *Il concetto di prova nel diritto processuale*. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014.

¹⁷⁷ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Verdade e finalidade da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 161-190, nov. 2012.

destaca que isso somente é possível dentro do processo e em obediência aos princípios que o regem¹⁷⁸.

Nesse sentido, os meios de prova conectam-se com os fatos do litígio por meio de uma relação instrumental, de forma que os meios de prova configuram-se como qualquer elemento que pode ser usado para estabelecer a verdade dos fatos da causa¹⁷⁹.

A noção pela busca da verdade dos fatos, apesar de estar sendo pouco a pouco abandonada pela doutrina, tem sua importância, ainda que secundária, porque contribui para o convencimento das próprias partes e, portanto, viabiliza a noção de acesso à justiça, desejado pela parte, isto é, a partir do momento em que a própria parte se convence, através da instrução probatória, do acerto da decisão, a prova atinge uma relevante finalidade.

Hernando Devis Echandía critica essa possibilidade, afirmando que não é possível chegar-se a verdade dos fatos ou, ainda, que a prova possa conduzir a conclusão diversa daquela que efetivamente representa a realidade do acontecido¹⁸⁰.

Logo, não se pode considerar a busca da verdade dos fatos como finalidade da prova, salvo numa perspectiva secundária e mediata, que revela certa importância conforme dito acima.

Outros processualistas têm se dirigido em sua maioria no sentido de que a finalidade da prova é convencer o magistrado sobre os fatos alegados pelas partes¹⁸¹.

Para James Goldschmidt a prova destina-se a lograr o convencimento do juiz, pois sendo a verdade perseguida somente relativa, deve substituir-se o padrão objetivo por um subjetivo na sua apreciação¹⁸².

Analizadas essas teorias, defendemos que a prova encerra a finalidade de convencimento do magistrado porque a ele incumbe o poder-

¹⁷⁸ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 43.

¹⁷⁹ TARUFFO, Micheli. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 15.

¹⁸⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 239.

¹⁸¹ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 283.

¹⁸² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936, p. 256.

dever de dizer o direito no caso concreto, solucionando a demanda que lhe é apresentada e entregando às partes a prestação jurisdicional.

Cuida-se de aspecto subjetivo que empresta à prova a função de criar o convencimento do juiz quanto à existência ou inexistência de fatos que são importantes no processo¹⁸³.

Defendemos que a legislação processual brasileira segue nessa mesma esteira, ou seja, de que a finalidade da prova é de formar a convicção do magistrado conforme se pode concluir pela análise dos arts. 130 e 131 do CPC/1973¹⁸⁴ e arts. 370, parágrafo único¹⁸⁵, e 371¹⁸⁶ do CPC/2015, e nesse sentido encontra-se a jurisprudência dominante no Brasil¹⁸⁷.

Entretanto, Fredie Didier Júnior sustenta que é preciso ir além na noção da finalidade da prova enquanto elemento para a formação da convicção do juiz quanto à existência dos fatos da causa de modo que inclua entre suas finalidades a ideia de que a prova também se destina ao convencimento das próprias partes, ou seja, de que são efetivamente titulares das situações jurídicas que admitem possuir e, também, da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas¹⁸⁸.

Além disso, o art. 341º do Código Civil português estabelece que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos” e, nesse passo, Miguel Teixeira de Sousa entende que a prova é a atividade destinada

¹⁸³ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 50.

¹⁸⁴ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁸⁵ Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁸⁶ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁸⁷ STJ - AgRg no AREsp 502.542 SP 2014/0078384-1, Relator: Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 02/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA.

¹⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 50.

à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos fatos controvertidos¹⁸⁹.

A necessidade da prova, por outro lado, que a nosso ver relaciona-se intrinsecamente com sua relevância ou importância¹⁹⁰, por seu turno, diferente do objeto da prova é objetivo e concreto de forma que se relaciona diretamente com certos e determinados fatos¹⁹¹. Resulta em reconhecer que estão excluídos desse tema não apenas os fatos que não interessam para a solução da controvérsia como também aqueles que independem de prova.

Leo Rosenberg, por exemplo, considera desnecessária a prova sobre afirmações admitidas, afirmações não discutidas, fatos notórios e presunções¹⁹².

Nesse contexto, Michele Taruffo adverte para a necessidade de uma seleção preliminar dos meios de prova que as partes desejam produzir no curso do processo. De acordo com o doutrinador, a limitação às partes preservaria o feito de atrasos, complicações ou indevida perda de tempo no curso da demanda o que para nós significa a preservação do princípio da razoável duração do processo.

Com relação ao juiz, o autor sustenta que não pode determinar a produção de toda e qualquer prova a seu critério, sob pena de transformar o processo em uma intolerável forma de inquisição¹⁹³, com o que concordamos porque realmente não há dúvidas de que o juiz não possui poderes ilimitados na produção de prova *ex officio*, conforme será analisado abaixo. Essa seleção preliminar, segundo Michele Taruffo, deve ser baseada em dois critérios: 1º) a relevância dos elementos de prova; e 2º) as normas que determinam quais provas são juridicamente admissíveis¹⁹⁴.

¹⁸⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 56.

¹⁹⁰ Para Leo Rosenberg necessidade da prova também é chamada de obrigatoriedade da prova (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 213).

¹⁹¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 186.

¹⁹² ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 213.

¹⁹³ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

Sobre o primeiro aspecto, deve haver uma conexão lógica entre os elementos de prova com os fatos em litígio com o objetivo de dar sustentação à conclusão encontrada pelo magistrado no caso concreto, o que significa que devem ser excluídos de plano aqueles elementos sem utilidade para o estabelecimento da verdade dos fatos em litígio¹⁹⁵ ainda que não seja a finalidade da prova a busca pela verdade e sim o convencimento do juiz.

Entretanto, como o estabelecimento dessa relevância lógica é operação realizada pelo magistrado no início do procedimento, com base somente nas alegações das partes, não resta dúvida que se trata de solução hipotética fundada na apreciação do juiz a partir do confronto entre o elemento de prova pretendido e a suposição de um resultado exitoso para a parte que pretende produzir a prova, de modo que se o juiz verificar que a prova pretendida pela parte não terá o condão de influenciar positivamente o resultado da lide, essa prova não será relevante, logo, desnecessária¹⁹⁶.

Com relação à admissibilidade da prova, os ordenamentos jurídicos a previram e alguns deles estabeleceram critérios para descartar mesmo os elementos de prova relevantes o que se liga muito mais à lógica e à epistemologia do que propriamente à regulação jurídica¹⁹⁷.

No Brasil, por exemplo, encontramos exemplos de redução da amplitude dos elementos de prova nos arts. 366¹⁹⁸ e 401¹⁹⁹, ambos do CPC/1973 (art. 406 do CPC/2015²⁰⁰).

Em assim sendo, está claro que finalidade, necessidade e objeto da prova não se confundem, em que pese ainda encontrarmos alguma confusão na doutrina²⁰¹ e na própria legislação²⁰².

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014 p. 36-37.

¹⁹⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 39.

¹⁹⁸ Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

¹⁹⁹ Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

²⁰⁰ Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

²⁰¹ Hernando Devis Echandia enumera autores que a seu ver confundem objeto e necessidade da prova (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1974, p. 145-146).

²⁰² Não custa mencionar a falha de redação que incorreu o legislador brasileiro no art. 356, inciso II, do CPC/1973 que ao tratar da exibição de documento ou coisa estabeleceu que o

2.2 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO E ATIVISMO JUDICIAL

O juiz exerce atividade cognitiva e forma juízo de valor sobre fatos deduzidos na petição inicial e na contestação, mas sua demonstração em regra prescinde dos meios de prova previstos no sistema processual.

Normalmente, o legislador deixa a cargo das partes o poder de provocar a atividade jurisdicional e fixar o objeto do processo, de modo que excepcionadas algumas hipóteses o magistrado deve observar os limites objetivos da demanda e aguardar a provocação das partes para atuar.

Entretanto, em matéria de prova dos fatos, a maneira como o juiz deve proceder à instrução do processo refere-se exclusivamente à técnica processual e restringir a sua atividade ou conceder-lhe maiores poderes de investigação representam alternativas técnicas baseadas em premissas ideológicas diversas, ligadas exclusivamente à concepção de processo e de seu escopo²⁰³.

Com efeito, de um lado, encontra-se ultrapassada a perspectiva totalmente privatística do processo²⁰⁴ o que indica a necessidade de participação mais efetiva do juiz, eliminando-se a figura do juiz espectador, dada à visão publicista do fenômeno processual.

Significa que a fim de redimensionar o caráter privado do processo e superar o falso ideal de neutralidade e passividade do magistrado, as legislações modernas têm acentuado a iniciativa probatória de ofício do juiz em matéria de obtenção de prova²⁰⁵.

pedido da parte deverá conter a finalidade da prova, o que nos parece totalmente desnecessário porque a interpretação sistemática do código indica que a finalidade da prova é de formar a convicção do magistrado. Em verdade acreditamos que o legislador brasileiro nesse dispositivo quis referir-se à necessidade da prova e não a sua finalidade, pois estabeleceu concretamente a exigência de indicação dos “fatos que se relacionam com o documento ou a coisa”. O que nos parece equívoco não foi corrigido pelo legislador brasileiro que optou por reproduzir essa norma no art. 397, inciso II, do CPC/2015.

²⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 10.

²⁰⁴ RAMOS, José Luís Bonifácio. *O sistema misto de valoração da prova*. O Direito, ano 146º (2014), III, p. 555-582.

²⁰⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 533-534.

Por outro lado, porém, não há mais espaço para o termo *inquisitório* no processo civil, pois não existe ordenamento jurídico cujo processo civil possa ser considerado verdadeiramente inquisitório, antes, parece oportuno falar-se de *modelos mistos* para indicar os ordenamentos jurídicos nos quais existe previsão de poderes instrutórios mais ou menos extensos ao juiz, considerada a possibilidade das partes de apresentarem todas as provas admissíveis e relevantes à apuração dos fatos²⁰⁶.

A esse fenômeno podemos chamar de “divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”, tomando emprestada a expressão utilizada por José Carlos Barbosa Moreira²⁰⁷, noção que se amolda perfeitamente ao sistema cooperativo ou colaborativo que se circunda os sistemas processuais tanto do Brasil como de Portugal.

Em breve síntese, a controvérsia sobre a atividade probatória do juiz passa pela identificação de dois estágios de discussão não necessariamente subsequentes, especialmente porque no Brasil o tema chegou com certo atraso na doutrina: 1º) a possibilidade de participação do juiz na formação do conjunto probatório; 2º) os meios de garantir a efetividade dos atos praticados pelo juiz com o objetivo de melhor instruir o processo.

Parece-nos que as legislações do Brasil e de Portugal estabeleceram um novo paradigma para a discussão sobre o primeiro estágio, dada a possibilidade expressa de participação do juiz na dilação probatória²⁰⁸. Entretanto, subsistem algumas controvérsias quanto ao modo em que a participação do juiz se estabelece na instrução processual, notadamente num campo em que a legislação não se mostra tão clara que é a repartição do encargo probatório no processo coletivo no Brasil e em Portugal.

Nesse passo, a reflexão que se coloca neste instante refere-se exatamente à possibilidade de haver ou não ativismo judicial na produção da

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice In Europa*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LX, n. 2, p. 451-482, giugno 2006.

²⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 48, p. 111-118, 4º Trim. 1985.

²⁰⁸ No Brasil, o art. 130 do CPC/1973, reproduzido no art. 370 do CPC/2015, consagrou a possibilidade do juiz determinar a produção de prova de ofício. O CPCpt estabeleceu a possibilidade no art. 411º.

prova no processo coletivo através da atividade probatória do juiz, compreendida de modo amplo a ensejar especialmente a adoção de regras para a repartição do ônus da prova e se o ativismo judicial é admissível.

Segundo a doutrina, o ativismo judicial carrega sobre si uma sinalização claramente negativa porque importa na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, especificamente o Poder Legislativo, seja através da declaração de invalidade da legislação por decisão ativista, por exemplo, em sede de controle de constitucionalidade, como também por meio de decisões excessivamente criativas configurando a invasão do espaço de conformação normativa²⁰⁹.

Ao nosso estudo, porém, interessa-nos a discussão em torno do ativismo judicial empregado como alternativa – melhor seria chamar de técnica – para suprimir a deficiência legislativa que cerca a regulamentação do processo coletivo no Brasil e em Portugal, significativamente na questão da dilação probatória.

2.2.1 Noção de ativismo judicial

Ativismo judicial é uma expressão amplamente utilizada no discurso popular desde a sua introdução em 1947, pelo jornalista norte americano Arthur Schlesinger Jr., em uma revista denominada *Fortune*²¹⁰, que empregou o termo de maneira pejorativa para descrever uma tendência interpretativa dentro do Supremo Tribunal dos EUA²¹¹.

Cuida-se de expressão raramente empregada como termo de aprovação, pois quando se acusa um juiz de ativismo normalmente associa-se à ideia de prejuízo de alguma espécie, embora não seja algo considerado

²⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 129.

²¹⁰ MENDES, Elisa Solange Gome. *Criatividade da função jurisdicional ou ativismo judicial?* Lisboa, 2010. 32 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2010.

²¹¹ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Judicial Activism and Fidelity to Law*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 31-46.

tão grave como a corrupção²¹². Entretanto, estaria correta essa associação? O ativismo judicial caracteriza-se sempre como conduta reprovável do juiz?

Para alguns, o ativismo judicial deve ser entendido como o exercício da função jurisdicional, que incumbe institucionalmente ao Poder Judiciário, para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, ou seja, para esse grupo cuida-se de desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional²¹³.

Outros sustentam que ocorre ativismo judicial quando os juízes permitem que as suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, orientem suas decisões, o que equivaleria a uma utilização abusiva do poder²¹⁴.

O juiz também é considerado ativista quando busca suprir omissões dos demais Poderes, sejam reais ou aparentes, por meio de suas decisões, que tornam jurídicos assuntos de natureza política²¹⁵, afinal, hoje predomina a noção de que o processo é o meio eficaz para a garantia das liberdades e a transformação das realidades jurídicas e fáticas.

Dessa maneira, para alguns autores, o ativismo judicial também se relaciona à criação do direito através do Poder Judiciário, excedendo o seu papel de intérprete e aplicador da lei e passando a exercer a atividade de legislador de fato, inovando no ordenamento jurídico²¹⁶.

Gonçalo de Almeida Ribeiro destaca três tipos de juízes ativistas: 1º) o juiz que usa o seu poder para fazer avançar uma agenda política mais

²¹² RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Judicial Activism and Fidelity to Law*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 31.

²¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 129-138.

²¹⁴ ALLAN, James. *The Activist Judge – Vanity of Vanities*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 71-87.

²¹⁵ ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2013, p. 73.

²¹⁶ ALENCAR FILHO, José Geraldo; RAMALHO, Priscilla Anunciada Alves Moreira. *Judicialização da política e ativismo judicial: definições e diferenças entre os institutos*. In: VALOIS, Bertha; ALENCAR FILHO, José Geraldo (Org.). *Dialogando Direito: o processo de constitucionalização do Direito, Aspectos, Desafios e Consequências*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2015, p. 237-253.

ampla, como a redistribuição da riqueza ou do crescimento econômico, o que caracteriza usurpação à autoridade do Poder Legislativo e compromete a separação dos Poderes; 2º) o juiz que opera dentro de uma concepção idealista da lei, que pode estar agindo com base em valores atípicos, como vigilantes sem restrições, mas que não possui senso de justiça no momento de implantar argumentos jurídicos estrategicamente ou o juiz que possui compromisso com o idealismo, mas finge o contrário. Toma em consideração esta ou aquela teoria de interpretação da lei, dependendo de qual resultado produzido possa favorecer a sua intenção, tornando a sua decisão uma colcha de retalhos em vez de uma narrativa coerente; 3º) o juiz mais propenso do que a média a considerar o peso da justiça em relação à legitimidade, à segurança, à igualdade e à prudência, ou seja, o juiz que é susceptível a implantar frequentemente doutrinas tais como a redução teleológica e extensão analógica no campo da interpretação da lei²¹⁷.

Luís Roberto Barroso, Ministro do STF, entende que a postura ativista pode se manifestar por meio de diversas condutas e enumera as seguintes: 1º) aplicação direta da Constituição a situações não contempladas no seu texto e sem que tenha havido manifestação do legislador ordinário; 2º) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Poder Legislativo com base em critérios menos rígidos que os de patente violação da Constituição; 3º) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas²¹⁸.

Elisa Solange Gomes Mendes, baseada na doutrina norte americana, enumera cinco conceitos para o termo *ativismo judicial*: 1º) como prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; 2º) como estratégia de não aplicação dos precedentes; 3º) como conduta que permite aos juízes legislar de seu gabinete; 4º) como afastamento dos cânones metodológicos de

²¹⁷ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Judicial Activism and Fidelity to Law*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 43

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 19/07/2016.

interpretação; 5º) como julgamento para alcançar resultado pré-determinado²¹⁹.

Luiz Flávio Gomes entende que é preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: 1º) o ativismo judicial inovador, que significa a criação pelo juiz de uma norma; 2º) o ativismo judicial revelador, que representa a criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou por meio de uma regra lacunosa, ou seja, atua complementando o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa²²⁰.

Dentre as causas para o ativismo judicial, a doutrina²²¹ costuma enumerar principalmente as seguintes: 1º) o neoconstitucionalismo²²²; 2º) os instrumentos de controle de constitucionalidade à disposição dos juízes; 3º) a crise na democracia representativa, consubstanciada pelo distanciamento entre as decisões dos representantes políticos e as aspirações dos seus representados; 4º) a judicialização dos fatos da vida ou judicialização da política que implica na mudança do centro decisório de questões relevantes para o Poder Judiciário; 5º) a inexistência de um Tribunal Constitucional

²¹⁹ MENDES, Elisa Solange Gomes. *Criatividade da função jurisdicional ou ativismo judicial?* Lisboa, 2010. 32 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2010, p. 18.

²²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?* Disponível em <www.cartaforense.com.br/conteúdo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>. Acesso em 19/07/2016.

²²¹ PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LII, n. 1 e 2, p. 305-352, 2011.

²²² Cuida-se de corrente que, sem pregar mudanças formais nos textos constitucionais, defende a superação do modelo anterior, baseada na descoberta de princípios constitucionais com valor normativo até então supostamente desconhecidos ou ignorados pelo positivismo jurídico. O marco teórico dessa tese fundamenta-se na revisão total da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes, com a substituição das técnicas antigas de interpretação por novos modelos hermenêuticos, valorizando a força dos princípios, o que implica no controle judicial amplo sobre as opções legislativas e as políticas públicas (PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LII, n. 1 e 2, p. 324-325, 2011). Nesse contexto, a Constituição teria uma função dirigente, regulamentando os atos do Poder Público e os ramos do direito poderiam ser constitucionalizados em virtude do efeito irradiante dos princípios constitucionais (SANTOS, Marcus Gouveia dos. *Ativismo judicial e direitos sociais*. RJLB, ano 2 (2016), n. 2, p. 929-1019). A teoria, portanto, reconhece a força normativa dos princípios jurídicos e valoriza a sua importância no processo de aplicação do direito, rejeitando o formalismo, e reaproximando o direito e a moral (MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: limites e possibilidades da jurisdição constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, n. 84, p.175-221, 2013).

com competência exclusiva para o exercício da jurisdição constitucional²²³; 6º) a forma de seleção dos juízes e de duração no cargo: quanto maior o método democrático de escolha e permanência ilimitada no cargo maior será o ativismo judicial²²⁴; 7º) o modelo de Estado Social²²⁵; 8º) as exigências do Estado providência baseadas no modelo de Estado intervencionista²²⁶; 9º) a ênfase do papel político do Poder Judiciário²²⁷.

Ademais, existem outras causas que são apontadas pela doutrina que fundamentam o ativismo judicial no caso do Brasil: 1º) a modificação da composição do STF; 2º) a redemocratização do país e remodelação do Ministério Público; 3º) o modelo de Estado intervencionista brasileiro; 4º) a facilidade de acesso à jurisdição depois da CF/88, possibilitando ao Poder Judiciário, a análise de variadas questões; 5º) a busca pela concretização dos direitos fundamentais; 6º) a edição de súmulas vinculantes pelo STF²²⁸.

Na experiência portuguesa, encontramos precedentes do Tribunal Constitucional, consistentes na derrubada de algumas leis aprovadas pelo Governo Português, na sequência da crise da dívida pública e com o objetivo de cumprir as metas do déficit orçamentário fixadas pelo programa de ajustamento que se seguiu²²⁹.

Entretanto, seria possível considerar uma conduta ativista simplesmente baseada no resultado do julgamento do juiz? James Allan entende que não. Segundo o autor, o ativismo judicial não pode ser visto de maneira puramente factual, ou seja, a partir somente do resultado a que

²²³ CARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo judicial: conceitos e preconceitos*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 129, p. 76-82, dezembro/2013.

²²⁴ CARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo judicial: conceitos e preconceitos*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 129, p. 76-82, p. 78, dezembro/2013.

²²⁵ SANTOS, Marcus Gouveia dos. *Ativismo judicial e direitos sociais*. RJLB, ano 2, 2016, n. 2, p. 962.

²²⁶ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 20, n. 78, p. 115-149, jan. 2012.

²²⁷ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 20, n. 78, p. 129, 2012.

²²⁸ VALE, Ionilton Pereira do. *O ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. Lisboa, 2010. 64 f. Relatório (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2010.

²²⁹ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Judicial Activism contra a austeridade em Portugal*. Int'l J. Const. L. Blog, 03 de dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2013/12/judicial-activism-againstausterity-in-portugal/>> Acesso em 06/07/2016.

chegou o juiz, antes é preciso investigar-se o porquê o órgão jurisdicional chegou a esse resultado, de modo que qualquer tentativa de criação de *scorecard* para o ativismo judicial está errada ou equivocada²³⁰.

Outro ponto que o autor destaca é o equívoco de achar-se que a conduta ativista do juiz somente ocorre por comissão. Allan sustenta que é perfeitamente possível haver ativismo judicial por omissão, por exemplo, quando determinado Tribunal opta por não declarar a invalidade de uma lei claramente ilegal em virtude de seu próprio interesse²³¹.

Também merece consideração a questão que se refere à falsa noção da existência de má-fé do juiz ativista, o que se explica primeiro na noção pejorativa que o termo carrega consigo e que dá a noção distorcida de que o juiz ativista está cometendo algum tipo de infração. Não é bem assim que acontece. Ativismo judicial não necessariamente conota má-fé do juiz, pois sua motivação ativista pode estar voltada para a sua crença de que as regras existentes no ordenamento jurídico não são suficientes para a obtenção dos bons resultados que o ativismo judicial pode proporcionar²³².

Ainda não procede a visão de que o juiz ativista é sempre arbitrário e autoritário, uma vez que são noções que resultam em desprezo às regras do direito, mas o juiz ativo atua fundamentado na norma e objetiva alcançar os fins da jurisdição, que acabam sendo os próprios fins do Estado, voltados para a paz social²³³.

²³⁰ ALLAN, James. *The Activist Judge – Vanity of Vanities*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 72.

²³¹ ALLAN, James. *The Activist Judge – Vanity of Vanities*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 73.

²³² ALLAN, James. *The Activist Judge – Vanity of Vanities*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 74.

²³³ ALVES, Francisco Luís Rios. *Atividade probatória dos juízes*. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Não publicada.

O fenômeno do ativismo judicial ainda possui outra face positiva que se refere exatamente ao atendimento, pelo Poder Judiciário, das demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo legislador²³⁴.

Portanto, não se pode necessariamente empregar um sentido negativo à expressão *ativismo*, com alusão a certa prática de jurisdição, notadamente em relação à função interpretativa do juiz, antes, nesse sentido, o ativismo deve ser elogiado porque proporciona a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao *passivismo* que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador, poderia conduzir a estratificação dos padrões de conduta normalmente consagrados²³⁵.

Não se pode perder de vista que a ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não pressupõe reconhecer que decisões ativistas vão ampliar necessariamente, de forma juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo²³⁶.

Portanto, em que pese as críticas que repousam normalmente sobre o ativismo judicial, não deixamos de perceber em seu íntimo “sabedoria judicial estadista ou salomônica”²³⁷.

2.2.2 Os poderes instrutórios do juiz: reflexões sobre sua extensão

Ao juiz incumbe julgar de fato, o que indica a operação complexa de interpretação da realidade que se coloca no processo pela atividade das partes assegurando ao magistrado a aferição da verdade dos fatos, ou seja,

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 19/07/2016, p. 9.

²³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 110.

²³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 139.

²³⁷ SMITH, Steven D. *Judicial Activism and “Reason”*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 21-30.

julgando-os provados ou não provados, e dessa maneira demarcando o *thema decidendum*²³⁸.

Entretanto, para decidir caso a caso o magistrado necessita encontrar a sua disposição os meios probatórios aptos para executar o seu mister ou, ao menos, oportunizar às partes que apresentem em juízo o acervo probatório para que o julgamento possa ser realizado, afinal, cuida-se de ônus que em regra incumbe às próprias partes.

Nesse contexto, discute-se modernamente como deve ocorrer a participação do juiz na fase instrutória do processo o que implica considerar a possibilidade de sua intervenção e em que grau ela poderá acontecer.

Atualmente, no atual estágio de evolução do processo contemporâneo, não se admite mais a figura do “magistrado estátua”, com postura passiva e legalista²³⁹, ou seja, daquele profissional que com base na ideia de preservação de sua imparcialidade distancia-se da fase instrutória do processo e coloca-se indiferente mesmo quando identifica claramente a perplexidade na produção da prova apta a conduzir um julgamento injusto²⁴⁰. O Poder Judiciário não pode ser apático diante dos reais conflitos sociais, razão pela qual não mais se admite a figura do juiz burocrata²⁴¹.

Não se mostra mais tolerável ignorar que a Justiça é efetivamente um serviço do Estado e, nesta qualidade se encontra ao serviço do cidadão, mas o êxito na prestação do serviço público se propõe depende efetivamente da atuação de um juiz dinâmico, participativo, ativo, verdadeiro diretor do processo e que ajuste as regras ao processo e às partes²⁴². Dessa maneira, a iniciativa probatória do juiz evita injustiças e coloca-se como um

²³⁸ DIAS, Marta João. *A fundamentação do juízo probatório: breves considerações*. Julgar, n. 13, janeiro/abril 2011, p. 175-199.

²³⁹ ALVES, Francisco Luís Rios. *Atividade probatória dos juízes*. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Não publicada, p. 71.

²⁴⁰ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 289.

²⁴¹ ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2013, p. 73.

²⁴² GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, n. 1, janeiro/abril de 2007, p. 47-65.

instrumento do Estado na execução da lei para a pacificação dos conflitos sem que resulte em extrapolação da função judicante²⁴³.

O envolvimento do magistrado com a dilação probatória decorre dos amplos poderes instrutórios claramente outorgados a ele pela legislação²⁴⁴, seja no Brasil ou em Portugal, e deve ser exercido de maneira adequada, não havendo mais espaço para a figura do juiz estático e conformado, notadamente quando se apresenta diante de um quadro caótico que poderá conduzir a um julgamento injusto.

Em vista do exposto, com relação à matéria de instrução, predomina a tendência nas legislações contemporâneas de países democráticos como Brasil e Portugal de confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio²⁴⁵. Significa que houve ampliação dos poderes instrutórios outorgados ao juiz e esse fenômeno derivou da evolução política e social do Estado bem como da necessidade de aproximação do Poder Judiciário aos anseios da população por uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente, não necessariamente limitada à aplicação da lei²⁴⁶. Por essa razão, predomina o entendimento de que o legislador outorgou ao juiz verdadeiro poder-dever na iniciativa probatória e não qualquer faculdade no desempenho desse mister.²⁴⁷

A noção de atuação excepcional e supletiva do magistrado na dilação probatória, portanto, perdeu atualmente, a sua razão de ser²⁴⁸, pois hoje o princípio da cooperação norteia a atividade dos sujeitos processuais,

²⁴³ COSTA, Ana Surany Martins; CARVALHO, Newton Teixeira. *A magistratura diante da iniciativa probatória no moderno contexto processual civil: um confronto entre o juiz Pilatos versus o juiz contemporâneo*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, ano 19, n. 74, p. 149-181, 2011.

²⁴⁴ REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 190, t. 1, p. 89-102, abril/junho de 2011.

²⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 48, p. 113, 4º Trim. 1985.

²⁴⁶ ALVES, Francisco Luís Rios. *Atividade probatória dos juízes*. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Não publicada, p. 72.

²⁴⁷ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, n. 3, p. 61-84, setembro/dezembro de 2007.

²⁴⁸ GIL, Arilson Garcia. *A inversão do ônus da prova e a inversão das despesas processuais*. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, n. 100, ano 9, p. 51-68, 2008.

seja o juiz ou as partes, de tal forma que se estabeleceu uma verdadeira unidade de trabalho com a participação de todos os envolvidos.

Na verdade, sustentamos que o juiz moderno deve envolver-se na produção da prova e isso não acarreta necessariamente em violação de sua imparcialidade, apesar de opiniões em contrário na doutrina brasileira²⁴⁹, antes poderá tornar-se parcial se identificar um estado de perplexidade quanto à produção da prova e ainda assim manter-se inerte, aceitando a injustiça de eventual julgamento posterior.

O juiz utiliza o seu poder instrutório em prol do processo e no interesse do próprio Estado e não para beneficiar autor ou réu, possibilitando, assim, a correta aplicação do direito material ao caso concreto, assegurando a igualdade entre as partes e o exercício do contraditório efetivo, sob pena de nulidade de sua decisão²⁵⁰.

Implica reconhecer que em favor do juiz prevalece a presunção de que se encontra habilitado a valorar a credibilidade da prova que determinou a produção, inclusive de ofício, bem como a assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outro argumento que fundamenta a inexistência de risco à imparcialidade refere-se à legitimidade do poder estatal outorgado pelo próprio legislador ao juiz. Conforme bem consignado por Michele Taruffo, os poderes instrutórios são outorgados ao juiz pelo próprio legislador, isto é, a partir da presunção de que está sendo entregue a pessoas capacitadas e que será empregado de maneira adequada e racional, de forma que não se mostra plausível afirmar peremptoriamente que esse poder será sempre empregado em meio à indesejável parcialidade por parte de seu detentor²⁵¹.

Nesse passo, se existem abusos, arbitrariedades ou falta de imparcialidade do juiz no emprego desse poder probatório – que provavelmente seriam a exceção e não a regra –, primeiro, devem ser objeto

²⁴⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, ano 24, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015. O autor critica a iniciativa probatória do juiz e sustenta que implica na violação de sua imparcialidade.

²⁵⁰ LUIISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, suplemento al n. 1, p. 65-73, marzo 2011.

²⁵¹ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice In Europa*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LX, n. 2, p. 479-482, giugno 2006.

de recurso das partes e segundo, em casos extremos e justificados, devem ser apurados caso a caso e depois de concedida a oportunidade de ampla defesa ao juiz, os órgãos censórios dos tribunais devem adotar a medida disciplinar que entenderem cabível em face do juiz que houver exercido de maneira abusiva o seu poder²⁵². Significa que existem instrumentos hábeis para intimidar o emprego desarrazoado desse importante poder instrutório por parte do juiz, de modo que limitar a sua extensão simplesmente com fundamento na possibilidade de parcialidade – repita-se, possibilidade – não se mostra coerente.

Ademais, o ativismo judicial em matéria probatória encontrava-se regulada desde o art. 130 do CPC/1973 – atualmente art. 370 do CPC/2015 – permitindo que o magistrado interfira de ofício na fase probatória do processo, com o objetivo de viabilizar a verdade que baseia o direito material²⁵³.

Em Portugal, a atuação do juiz em matéria probatória encontra-se expressa no art. 411º do CPCpt, que ao consagrar o princípio do inquisitório estabeleceu a possibilidade de o juiz realizar ou ordenar diligências necessárias à apuração da verdade, mesmo de ofício.

Todavia, é necessário harmonizar essas normas com o princípio dispositivo, o que é possível através do ônus da prova, isto é, se a parte não se desincumbiu de provar a sua alegação e as circunstâncias do caso apresentado levar o magistrado a não aceitar as alegações pacificamente, o juiz estará autorizado a exercer oportunamente o poder-dever de iniciativa probatória²⁵⁴, em auxílio às partes²⁵⁵, buscando a verdade real, a partir da

²⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 48, p. 111-118, p. 117, 4º Trim. 1985.

²⁵³ BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v.37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012.

²⁵⁴ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 17-34, p. 28, dezembro-2008.

²⁵⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 17-34, 2008.

configuração de um estado de perplexidade do julgador em face de provas contraditórias ou confusas²⁵⁶.

Nesse contexto, é imprescindível reconhecer que, sem prejuízo do cumprimento da iniciativa das partes, o processo moderno não constrange o juiz a esperar passivamente pelos resultados de provas das partes, mas de fato impõe, a sua contribuição dentro dos limites estabelecidos por lei para a reconstrução dos fatos relevantes para decisão²⁵⁷.

Essa operação enseja a mitigação do princípio dispositivo, que se justifica em virtude da natureza pública do processo²⁵⁸, mas não compromete a imparcialidade do juiz, pois ele não tem condições de saber de antemão o resultado da instrução probatória, e, ainda, deverá respeitar o contraditório e também fundamentar a sua decisão, demonstrando que, na verdade, cuida-se de magistrado voltado para os fins sociais do processo e comprometido com a efetivação do direito material²⁵⁹.

Em tal perspectiva, podemos afirmar que o juiz é dotado de poder-dever de esclarecer os fatos o que pode implicar, se necessário, a situação excepcional de determinar a produção de provas de ofício²⁶⁰.

Não se pode falar em processo justo, portanto, se houvesse a exclusão do poder-dever do juiz de contribuir ativamente para a reconstrução da verdade dos fatos relevantes através de sua decisão²⁶¹.

Esse poder do juiz de ordenar de ofício a produção de provas, porém, não é ilimitado²⁶², pois no Brasil encontra limite na preclusão *pro*

²⁵⁶ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do ônus da prova*. Revista de Processo, ano 18, n. 71, p. 51, 1993.

²⁵⁷ PATTI, Salvatore. *La disponibilità delle prove*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, Supplemento al n. 1, p.75-100, marzo 2011.

²⁵⁸ BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v.37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012.

²⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 119-123.

²⁶⁰ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 369-383.

²⁶¹ PATTI, Salvatore. *La disponibilità delle prove*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, Supplemento al n. 1, p. 80, marzo 2011.

²⁶² LOPES, João Batista. *Ativismo judicial na tutela jurisdicional diferenciada*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, ano 24, n. 90, p.307-315, abr./jun. 2015.

*judicato*²⁶³, ou seja, encerrada a instrução processual não é dada ao juiz a oportunidade de determinar a produção de outras provas devendo empregar as regras do ônus da prova para proferir seu julgamento em caso de deficiência do conjunto probatório conforme será objeto de análise adiante.

Essa tese fundamenta-se na interpretação de regra contida no próprio CPC/2015 que estabelece expressamente a vedação ao juiz de decidir novamente as questões que já foram objeto de apreciação judicial²⁶⁴ e não restam dúvidas de que, uma vez encerrada a instrução processual, não há mais se justifica a sua reabertura. Parece-nos que essa é a solução plausível para harmonizar o poder instrutório do juiz e a preclusão, evitando-se arbitrariedades judiciais, pois não admitimos a existência de um poder ilimitado para o magistrado.

Francisco Luís Rio Alves entende de maneira diversa, sustentando que a preclusão temporal não alcança o juiz, pois se trata de matéria de ordem pública e a preclusão deve ser interpretada de forma restritiva, de modo que a reabertura da instrução processual mostra-se perfeitamente possível, não havendo que se falar em preclusão²⁶⁵. José Roberto dos Santos Bedaque também entende dessa maneira e afirma que não há preclusão para o juiz no exercício de seu poder instrutório, chegando a sustentar a possibilidade de decisão judicial pelos Tribunais determinando a produção de provas²⁶⁶.

Entretanto, ousamos discordar desse entendimento, pelos seguintes motivos: 1º) admitir o emprego de um poder ilimitado pelo juiz significa desqualificar as regras de distribuição do ônus da prova que ficariam relegadas a segundo plano, afinal, a participação desregrada de ofício do magistrado, em tese, suplantaria eventual deficiência do conjunto

²⁶³ XAVIER, Trícia Navarro. *O “ativismo” do juiz em tema de prova*. Revista de Processo, vol. 159, p.172, maio/2008.

²⁶⁴ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

²⁶⁵ ALVES, Francisco Luís Rios. *Atividade probatória dos juízes*. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Não publicada, p. 169.

²⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 21-25.

probatório²⁶⁷; 2º) esse quadro poderia implicar, em tese, comodismo das partes, pois conhecendo a atitude do magistrado e a inexistência de limites para sua atuação poderiam omitir-se no cumprimento de seu ônus processual, mesmo cientes dos riscos; 3º) por fim, essa circunstância não se mostra compatível com o princípio da duração razoável do processo²⁶⁸, pois traria a possibilidade de reabertura da instrução processual sempre que fosse conveniente aos olhos do magistrado, o que se mostra incompatível com o processo coletivo no qual a natureza da demanda indica que o tempo é fator determinante²⁶⁹.

Por outro lado, porém, diferente do que ocorre no Brasil, o CPCpt não deixa margem de dúvida que em regra²⁷⁰ não há preclusão para o juiz, ao estabelecer em seu art. 607º, 1, a possibilidade de reabertura da audiência quando o juiz não se julgar suficientemente esclarecido²⁷¹.

A doutrina ainda aponta para a existência de outros limites: 1º) elementos objetivos da demanda, pois à luz do princípio da correlação ou adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir, isto é, o juiz não pode buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório; 2º) obediência ao contraditório e à ampla defesa; 3º) necessidade de fundamentação da decisão judicial que determina a produção da prova²⁷²; 4º) garantias das partes, notadamente a imparcialidade do tribunal; 5º) possibilidade de controle pela via recursal²⁷³; 6º) obediência aos mesmos limites que são impostos às partes pela ordem jurídica em sua iniciativa

²⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Ajuris, v. 30, n. 90, p.55-84, junho de 2003.

²⁶⁸ O art. 139, II, do CPC/2015 e o art. 6º, 1, do CPCpt estabelecem claramente o dever do juiz de velar pela duração razoável do processo e por seu andamento célere.

²⁶⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo*. Revista de Processo, vol. 117, p. 129-133, 2004.

²⁷⁰ Por exemplo, se o tribunal pretendesse determinar a produção de prova após decidir a matéria de fato haveria manifesta preclusão motivo pelo qual seria admissível a interposição de recurso. Cfr. JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, n. 3, p. 61-84, setembro/dezembro de 2007.

²⁷¹ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, n. 3, p. 61-84, setembro/dezembro de 2007.

²⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 164-171.

²⁷³ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, n. 3, p. 61-84, setembro/dezembro de 2007.

probatória, por exemplo, a produção de provas úteis, adequadas e possíveis²⁷⁴.

Em Portugal também encontramos na doutrina os seguintes limites ao poder instrutório do juiz: 1º) inadmissibilidade de meios de prova, legal ou convencional; 2º) necessidade de compatibilização com os ônus impostos às partes, sendo vedada a substituição das partes pelo juiz; 3º) escolha do momento adequado para intervir; 4º) sujeição ao contraditório; 5º) decisão fundamentada; 6º) relação com os fatos delimitados pelas partes²⁷⁵.

Por fim, uma última questão se mostra pertinente e refere-se à omissão do juiz no poder-dever de participação na instrução probatória. De um lado, se a parte formula pedido para a produção de determinada prova e o juiz prolata decisão indeferindo-o a solução é a interposição de recurso. Por outro lado, porém, se o juiz simplesmente se omite claramente no desempenho de seu poder-dever e essa omissão mostrar-se relevante para o desate da lide, poderá caracterizar uma nulidade processual secundária, desde que suscitada oportunamente pelas partes, nos termos do art. 195º, 1, do CPCpt²⁷⁶ e art. 139, IX, do CPC/2015.

2.2.3 A estreita relação entre a dilação probatória no processo coletivo e o ativismo judicial

Em análise do procedimento que cercam as ações coletivas, seja no Brasil ou em Portugal, de um lado, percebemos um ponto de convergência que se revela na ausência de normas jurídicas claras quanto à repartição do encargo probatório²⁷⁷, especialmente considerando a inexistência de códigos

²⁷⁴ ALVES, Francisco Luís Rios. ALVES, Francisco Luís Rios. *Atividade probatória dos juízes*. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Não publicada, p. 160.

²⁷⁵ BELEZA, Maria dos Prazeres. *O activismo judiciário em matéria probatório e a teoria dinâmica da distribuição do ónus da prova*. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/ippcivil/recursos-bibliograficos/5-papers>>. Acesso em: 15/07/2016.

²⁷⁶ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, n. 3, p. 61-84, setembro/dezembro de 2007.

²⁷⁷ No Brasil, por exemplo, a insuficiência do CPC/1973 para regular a resolução dos litígios transindividuais há muito tempo é invocada pela doutrina como razão para a reflexão em torno de sua regulamentação (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Os poderes*

de processo coletivo, o que nos leva ao problema da interpretação das normas existentes. Por outro lado, subsiste nesses ordenamentos jurídicos, a discussão em torno dos poderes instrutórios do juiz no processo coletivo, notadamente em relação à possibilidade de sua participação efetiva na produção das provas.

No âmbito da repartição do encargo probatório no processo coletivo, o ativismo judicial configura a possibilidade de o juiz suprimir lacunas na lei, por intermédio de seu poder criativo, com o objetivo de regular o conflito que lhe foi submetido à apreciação e, assim, viabilizar o efetivo exercício da jurisdição²⁷⁸, de forma que o juiz deve estar comprometido com a justa resolução do litígio²⁷⁹. Significa que ao juiz abre-se a possibilidade de estabelecer os critérios interpretativos a serem empregados na dilação probatória a partir das normas que se encontram espalhadas pelas leis que regem o processo coletivo e subsidiariamente pelo CPC/2015 ou CCpt. Cuida-se de verdadeira manipulação do sentido literal das normas jurídicas o que asseguram novos significados para os textos legais, mas que depende essencialmente de desenvolvimento racional e consciente por parte do juiz²⁸⁰.

Diante dessas situações parece-nos clara a possibilidade de emprego do ativismo judicial como alternativa à rasa legislação que envolve o processo coletivo em matéria de repartição do encargo probatório e os fundamentos que legitimam essa atuação do juiz se encontra de plano na própria legislação: art. 370 do CPC/2015; art. 411º do CPCpt e art. 17 da Lei n. 83/95, mas a doutrina também aponta que se justifica essa atuação

do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo. Revista de Processo, vol. 117, p. 129, 2004.

²⁷⁸ AURELLI, Arlete Inês. *A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial*. Revista Brasileira de Direito Processual, ano 24, n. 90, p.73-85, 2015.

²⁷⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo*. Revista de Processo, vol. 117, p. 130, 2004.

²⁸⁰ ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2013, p. 133-134.

pela necessidade de assegurar uma efetiva igualdade entre as partes e proteção aos interesses dos ausentes²⁸¹.

Em assim sendo, podemos estabelecer uma íntima relação entre a dilação probatória no processo coletivo e o ativismo judicial. Em virtude da consagração do princípio da cooperação, estabeleceu-se verdadeira unidade de trabalho na relação jurídica processual e consagrou-se a dinâmica de participação dos sujeitos do processo na produção da prova, dentro das atividades destacadas que competem a cada um.

Entretanto, diante da inexistência de regras legais claras e específicas sobre a repartição do encargo probatório, em especial, surge para o juiz um chamado ao protagonismo na dilação probatória no processo coletivo, sem que isso resulte em prejuízo à sua imparcialidade nem desrespeito a qualquer garantia processual devida às partes, e que deve ser exercido por meio do poder-dever que as legislações lhe outorgam.

A conduta ativista do juiz na dilação probatória do processo coletivo, que enseja a atividade criativa na interpretação das normas de regência dada a sua insuficiência, deverá conduzir à possibilidade de estabelecer-se a adoção de critérios claros, notadamente em relação à repartição do encargo probatório. Entretanto, para a correta compreensão da atividade que deve ser desempenhada pelo juiz primeiramente é necessária a abordagem de alguns elementos fundamentais para a dilação probatória.

²⁸¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 128, p.79-107, 2005.

CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS COM RELEVÂNCIA PARA A REPARTIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO COLETIVO

Este capítulo está dedicado ao estudo dos princípios com relevância para a repartição do encargo probatório no processo coletivo, de modo que primeiro procuramos apresentar os princípios constitucionais com repercussão na prova civil, especificamente, o devido processo legal, o contraditório e a isonomia entre as partes, para, posteriormente, abordarmos alguns princípios específicos e fundamentais destacados pela doutrina, ou seja, relevância, atipicidade da prova, vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos e aquisição e comunhão da prova.

Além disso, será analisado o modelo processual cooperativo e sua repercussão no direito probatório, tanto no Brasil como em Portugal, ocasião em que será apresentada a experiência nesses países, os deveres cooperativos, as manifestações do dever de cooperação na instrução processual e as consequências da inobservância do dever de cooperação.

Ao término do capítulo serão apresentadas algumas reflexões sobre o modelo processual cooperativo brasileiro.

3.1 A PROVA CIVIL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trataremos do direito da parte produzir prova, essencialmente se existem expressamente normas constitucionais no Brasil e em Portugal consagrando essa possibilidade ou se essa autorização encontra-se implícita nesses ordenamentos jurídicos e quais seriam os fundamentos desse direito num caso ou no outro.

A primeira questão que se coloca é saber se a parte tem o direito ou o poder de produzir prova²⁸². Essa distinção de plano pode parecer sem

²⁸² Não interessa a este estudo distinguir direitos e garantias e a Constituição Federal brasileira não adotou qualquer critério de distinção entre ambos, tanto que em seu Título II enunciou “Dos direitos e garantias fundamentais” sendo que no Capítulo I desse Título

propósito, entretanto, assume relevo quando se busca o parâmetro do direito ou poder à prova a partir de uma base constitucional.

Francesco Canelutti assevera a respeito do poder, expressão subjetiva do mandato, que se trata da possibilidade de mandar (para a composição de conflito de interesses) e que se distancia do direito subjetivo o qual deve ser entendido como a possibilidade de se valer do mandato. Segundo o autor, o ponto comum entre poder e direito subjetivo encontra-se no fato de que ambos são atributos da vontade, sendo que o poder significa domínio da vontade alheia e o direito domínio da própria vontade²⁸³.

Gian Antônio Micheli, ao analisar os sujeitos do processo, sustenta que a parte dispõe de poder jurídico, dentre os quais o de peticionar a produção de prova, dirigido a prática de atos processuais e que não seria exercido contra o juiz ou a outra parte, motivo pelo qual chamou de poder instrumental da parte. Entretanto, para o autor esse poder seria suficiente para implicar em uma sujeição da contraparte e do juiz de modo que estes não poderiam se opor ao exercício desse poder que uma vez não exercido não ensejaria qualquer sanção à parte que não optou por não exercitá-lo. Por essas razões para Micheli ter-se-ia em conta um poder-carga ou poder-ônus²⁸⁴.

James Goldschmidt sustenta, porém, que as partes são sujeitos de direitos e deveres processuais, portanto, não admite a possibilidade de serem detentoras de poder²⁸⁵. De acordo com o autor, os direitos processuais são as expectativas, possibilidades e liberações de um ônus processual²⁸⁶. Juan Montero Aroca afirma que o direito à prova é um direito subjetivo de

trouxe a rubrica “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” não mencionando as garantias apesar de boa parte desse capítulo constituir-se de garantias como os incisos XXXV a LXXVIII do art. 5º (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 189). Além disso, existem autores que não fazem distinção entre direitos e garantias com o que concordamos plenamente (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 579).

²⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil, volume I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira*. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 114.

²⁸⁴ MICHELI, Gian Antônio. *Curso de derecho procesal civil. volume I, Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1970, p. 264-271.

²⁸⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil, Tomo I. Traduzido por Lisa Pary Scarpa*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2003, p. 231.

²⁸⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processo Civil, traduzido, revisado, adaptado e anotado por Ricardo Rodrigues Gama*. Curitiba: 2003, p. 234.

conteúdo processual e fundamental, sem prejuízo de tratar-se de um direito de configuração legal²⁸⁷.

Preferimos empregar o termo *direito* e não *poder*, primeiro porque não admitimos o reconhecimento de qualquer poder às partes pela Constituição Federal em face da relação processual civil, seja no Brasil ou em Portugal, mas apenas de direitos, e essa posição se fundamenta de plano na inexistência de qualquer norma constitucional nesse sentido. Essa omissão não nos parece esquecimento do legislador constituinte, mas teve uma razão de ser, porque a Constituição no campo da jurisdição atribuiu o exercício do poder ao Estado, por meio do julgador²⁸⁸.

E ainda que essa ideia simples, baseada numa interpretação gramatical, não seja suficiente para demonstrar que se trata de direito e não poder há outros fundamentos que amparam essa tese.

Sustentamos que se fosse poder implicaria dever para o seu detentor, da mesma maneira que ocorre com o juiz, investido do poder estatal que segue acompanhado de inúmeros deveres como, por exemplo, o dever de sentenciar, e cujo incumprimento pode ensejar uma sanção, mas a parte não tem o dever de produzir prova, tem apenas o ônus processual de produzi-la, sob pena de suportar as consequências de sua própria inatividade o que implica em afastar a noção de poder da parte em produzir prova. Assim, a inatividade no processo caracteriza-se como o fato de não se desembaraçar de um ônus processual²⁸⁹.

Ademais, nessa mesma linha de raciocínio, esse poder seria irrenunciável porque derivado da manifestação soberana da norma jurídica, mas o CPC/1973 admite a possibilidade em certas situações de as partes estabelecerem a maneira como será distribuído o ônus da prova²⁹⁰. Nesse

²⁸⁷ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 106.

²⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 25, dezembro de 1981.

²⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processo Civil, traduzido, revisado, adaptado e anotado por Ricardo Rodrigues Gama*. Curitiba: 2003, p. 249.

²⁹⁰ Conforme art. 333, parágrafo único, do CPC/1973: Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. No CPC/2015 a norma encontra-se no §3º do art. 373: § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre

passo, como o exercício desse “poder” ocorreria por meio do ônus da prova a distribuição do ônus da prova de maneira diversa daquela prevista na lei, por disposição das próprias partes, poderia significar a renúncia ao próprio “poder” a que fariam jus, o que não admitimos.

Por outro lado, com base no princípio dispositivo, os direitos processuais costumam ser renunciáveis, conforme lição de James Goldschmidt²⁹¹. Também o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 consagrou expressamente o direito de ação com a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Defendemos que se trata de direito público e subjetivo de ação²⁹² e o direito de produzir prova, nesse sentido, que decorre intrinsecamente do primeiro, não pode se sobrepor ao mesmo, ou seja, não é admissível logicamente que exista um direito de ação assegurado expressamente pela Constituição Federal e um poder da parte de produzir prova não previsto naquela norma.

Por fim, não admitimos a ideia de sujeição do juiz ou da contraparte por ocasião do exercício da parte de produzir prova, pois de um lado o juiz poderá indeferir as provas inúteis ou protelatórias requeridas pela parte e, por outro lado, a contraparte tem a faculdade de requerer a contraprova o que a nosso ver caracteriza nítidas atitudes de não sujeição do juiz e da contraparte o que, todavia, é perfeitamente admissível.

Em resumo, portanto, defendemos que se trata de direito e não poder da parte de produzir prova, mas no Brasil a questão não se encontra pacificada e encontramos precedente jurisprudencial em sentido contrário²⁹³.

E o que vem a ser entendido como direito de produzir prova ou direito de provar?

direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processo Civil*. traduzido, revisado, adaptado e anotado por Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: 2003, p. 168.

²⁹² Conforme CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil, volume II*. São Paulo: Classic Book Editora e Distribuidora de Livros Ltda, 2000, p. 773. No mesmo sentido MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil, volume II*. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 260.

²⁹³ STF - HC 84.965, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 10-04-2012 PUBLIC 11-04-2012. O Min. Relator: nesse caso destacou que a parte tem o poder de produzir provas.

Eduardo Cambi entende que se trata do conjunto de oportunidades concedido às partes pela norma, seja constitucional ou infraconstitucional, para que elas possam comprovar a veracidade daquilo que afirmaram em relação aos fatos relevantes para o julgamento da demanda²⁹⁴.

Rui Manuel de Freitas Rangel entende que se trata do direito das partes conflitantes, por via da ação ou da defesa, de utilizarem a prova em seu benefício e como base de seus interesses e pretensões que apresentarem ao tribunal²⁹⁵.

Para Hernando Devis Echandía, o direito subjetivo de provar, porque depende de um ato de vontade das partes, pode ser abordado sob dois enfoques: 1º) enquanto complemento dos direitos materiais, na medida em que se trata de direito subjetivo processual em sua essência; 2º) e como oportunidade de provar²⁹⁶.

A nosso ver, de cunho subjetivo, limitado²⁹⁷ e eminentemente processual, indica o direito implicitamente assegurado pela Constituição e pelo Código de Processo Civil às partes litigantes²⁹⁸ por meio da ação ou da defesa, de empregarem a prova em seu benefício, ou seja, o direito de produzir prova encontra-se consagrado expressamente nas leis adjetivas ou processuais, conforme a lição de Moacyr Amaral Santos²⁹⁹, não havendo qualquer previsão constitucional explícita seja no Brasil ou em Portugal.

Entretanto, entendemos que é possível extrair dos textos constitucionais os fundamentos que sustentam a nossa teoria no sentido de que o direito à prova encontra-se implicitamente consagrado nas Constituições Federais desses países.

²⁹⁴ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 258.

²⁹⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 75.

²⁹⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 34-40.

²⁹⁷ Não se trata de direito absoluto encontrando dentre os seus limites a admissibilidade, a relevância, a pertinência, a necessidade, a utilidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a efetividade (CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 259).

²⁹⁸ Não negamos o direito dos terceiros intervenientes aceitos na relação jurídica processual produzirem prova, entretanto, deixamos de incluir a menção em nossa noção.

²⁹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1970, p. 45-46.

Eduardo Cambi não afasta o caráter constitucional do direito de produzir prova e sustenta que se encontra fundado nas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal³⁰⁰.

Hernando Devis Echandía sustenta que o direito de provar caracteriza-se como um complemento do direito de ação e do contraditório além de ampla defesa, ambos previstos na Constituição Federal³⁰¹.

Para Fernando Rubin, no Brasil os fundamentos constitucionais do direito prioritário à prova são: acesso adequado ao Judiciário (art. 5º, XXXV); devido processo legal (art. 5º, LIV); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); provas lícitas (art. 5º, LVI)³⁰².

Vitor de Paula Ramos acrescenta que o direito à prova pode ser localizado em dois incisos do art. 5º da Constituição Federal brasileira: inciso LVI, que trata da proibição das provas ilícitas, e inciso LV que assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes³⁰³.

Fredie Didier Júnior vai além e afirma que o direito à prova é direito fundamental e possui conteúdo complexo, na medida em que se compõe de situações jurídicas específicas: direito à adequada oportunidade de requerer provas; direito de produzir provas; direito de participar da produção da prova; direito de manifestar-se sobre a prova produzida; direito ao exame da prova produzida pelo órgão julgador³⁰⁴.

José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que o direito à prova é uma garantia constitucional porque só se pode falar em contraditório efetivo se incluir o poder conferido à parte de empregar todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos descritos no processo, isto é, o direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório

³⁰⁰ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 259.

³⁰¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 37.

³⁰² RUBIN, Fernando. *Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade*. Revista Jurídica, São Paulo, ano 61, n. 424, p.45-75, fev. 2013.

³⁰³ RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. Revista de Processo, São Paulo, n. 38, vol. 224, p. 41-62, out. 2013.

³⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 41.

razão pela qual é necessário examiná-lo à luz da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias³⁰⁵.

Primeiro, entendemos que o direito de provar encontra-se implicitamente descrito em Tratados e Convenções Internacionais. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, recepcionada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, estabeleceu claramente no art. 8º as garantias judiciais de todos os cidadãos e que a nosso ver se estendem aos litigantes em processo civil e que fundamentam o direito de provar³⁰⁶. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, no seu art. 14, n. 3, alínea “e” consagrou o direito à prova³⁰⁷. Nesse passo, essas normas são recepcionadas no Brasil com status de normas constitucionais, a teor da previsão descrita no art. 5º, §2º, da CF/88 de modo que fundamentam o direito de provar. Ademais, a CF/88 não adotou o princípio da tipicidade dos direitos fundamentais, adotando fórmula que reconhece a não completude e a provisoriedade do conhecimento científico, viabilizando a visualização de outros direitos que não foram expressamente previstos, como o direito à prova³⁰⁸.

³⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 151-189.

³⁰⁶ 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

³⁰⁷ 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

³⁰⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

Na Europa, existe a Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovada em Roma em 1950, recepcionada por Portugal³⁰⁹, que previu expressamente no art. 6º o direito a um processo equitativo que ainda estende o alcance aos litigantes em processo civil³¹⁰.

Em segundo lugar, o recente fenômeno da constitucionalização do direito no Brasil a nosso ver também fundamenta a base constitucional do direito de provar. Cuida-se da inserção da Constituição como centro de gravidade de toda a ordem jurídica, estabelecendo premissas metodológicas inafastáveis na aplicação da legislação infraconstitucional³¹¹ o que levou parte da doutrina a admitir a existência de um “direito processual constitucional” que apesar de não ser um ramo autônomo do direito processual caracteriza-se como um ponto de vista metodológico e sistemático pelo qual se pode analisar o processo em suas conexões com a Constituição³¹².

Na atividade hermenêutica, nesse sentido, não se pode ignorar a supremacia da Constituição notadamente quando nos deparamos com a inserção de regras processuais no bojo da Carta Maior e constatamos a existência de princípios no texto constitucional que norteiam o intérprete da norma infraconstitucional. Em assim sendo, existem dois prismas do direito processual constitucional: por um lado, indica a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, ou seja,

³⁰⁹ Assinatura: 22 de Setembro de 1976; Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de Dezembro); Depósito do instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa: 9 de Novembro de 1978; Aviso de depósito do instrumento de ratificação: Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros publicado no Diário da República, I Série, n.º 1/79, de 2 de Janeiro; Entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa: 9 de Novembro de 1978.

³¹⁰ 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

³¹¹ FUX, Luiz. *Processo e Constituição*. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 3-44.

³¹² CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 102.

corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias; por outro lado, a jurisdição constitucional que compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional das liberdades com o emprego dos remédios constitucionais processuais³¹³.

Por último, sustentamos que o direito de provar decorre principalmente dos seguintes princípios consagrados em normas constitucionais: 1º) devido processo legal; 2º) inafastabilidade da jurisdição; 3º) contraditório e ampla defesa; 4º) isonomia entre as partes.

3.1.1 O devido processo legal e o direito de produzir prova

O princípio do devido processo legal encontra-se previsto nas Constituições do Brasil³¹⁴ e de Portugal³¹⁵, na Declaração Universal dos Direitos do Homem³¹⁶, na Convenção Europeia de Direitos Humanos³¹⁷ e implicitamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³¹⁸.

³¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 79.

³¹⁴ Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³¹⁵ Art. 20º. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

³¹⁶ Artigo VIII. Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Artigo X. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

³¹⁷ Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

³¹⁸ Artigo 47º. Direito à ação e a um tribunal imparcial. Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

Significa, em sentido genérico³¹⁹, a cláusula que oferece proteção dos direitos fundamentais do cidadão, notadamente, a vida, a liberdade e a propriedade, ou seja, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico e caracteriza-se como o gênero do qual os demais princípios e regras constitucionais são espécies³²⁰, motivo pelo qual pode ser chamado de sobreprincípio uma vez que é o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais repousam³²¹.

Em outras palavras, indica a obrigatoriedade de observar-se um tipo de processo previsto previamente na lei antes de alguém ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade³²², isto é, caracteriza-se como ferramenta imprescindível à manutenção de direitos e garantias fundamentais e consubstancia uma cláusula protetiva das liberdades públicas contra o arbítrio das autoridades dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário³²³. Nesse aspecto, o devido princípio legal possui um âmbito de proteção alargado porque vincula não apenas aqueles que fazem parte da relação jurídica processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional incluindo, assim, todos aqueles que exercem direta ou indiretamente funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça³²⁴.

³¹⁹ Alinhando ao pensamento norte americano, defendemos que não há interesse de se estabelecer uma definição precisa do devido processo legal porque atualmente o mais importante é investigar a influência que esse princípio exerce sobre a vida das pessoas e nos seus direitos. Nesse mesmo sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial e efetividade do processo*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 272.

³²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32. Dentre os demais princípios e regras constitucionais citados pelo autor encontram-se: publicidade dos atos processuais, impossibilidade de emprego de prova obtida por meio ilícito, juiz natural, contraditório e ampla defesa. No mesmo sentido CALMON, Eliana. *Princípios e Garantias Constitucionais do Processo*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 200.

³²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 288.

³²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 493.

³²³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 288.

³²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 547.

Em que pese as tentativas da doutrina de delimitar-se precisamente o seu conceito, o *due process* não pode ser aprisionado em fórmulas porque não é instrumento mecânico nem um padrão, antes caracteriza-se como processo delicado de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por parte de quem se encontra investido da jurisdição³²⁵.

Podemos elencar dois aspectos do referido princípio: 1º) em sentido material (*substantive due process*); e 2º) em sentido processual (*procedural due process*)³²⁶.

O primeiro indica a atuação da cláusula no que diz respeito ao direito material, concebido como uma garantia que impõe limites legítimos ao poder estatal, ensejando até mesmo a censura à própria legislação e declaração de ilegitimidade de leis que violem os alicerces do regime democrático³²⁷, o que não interessa a esta investigação.

O segundo estabelecendo o alcance restrito da expressão *devido processo* indicando suas repercussões e incidências no campo do direito processual por influência principalmente do direito norte americano.

O devido processo legal em sentido processual encerra o atendimento de regras pré-determinadas e conhecidas, através da legislação processual, objetivando a salvaguarda do próprio processo considerado objetivamente, como fator legitimador do exercício da jurisdição, e viabilizar a proteção da vida, liberdade e propriedade.

Humberto Ávila sustenta, nesse sentido, que o princípio do devido processo legal em sentido processual existe para a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, mas não indica quais são os comportamentos que podem contribuir para o alcance desse ideal de modo que se pode falar em três funções dessa cláusula: 1ª) função integrativa, pois cria os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade; 2ª)

³²⁵ DORIA, Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e o due process of law*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986, p. 33.

³²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 289. O Supremo Tribunal Federal brasileiro já se pronunciou nesse mesmo sentido: ADI 1.511-MC, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, PLENÁRIO, julgamento em 16-10-1996, DJ de 6-6-2003.

³²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial e efetividade do processo*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 274-275.

função interpretativa, porque interpreta as regras que preveem os elementos necessários à promoção desse ideal; 3ª) função bloqueadora consistente no bloqueio da eficácia de regras que contenham elementos incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade³²⁸.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior sustenta que a cláusula *procedural due process* deve assegurar aos litigantes: 1º) um juiz imparcial; 2º) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; 3º) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; 4º) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que foram empregadas contra o litigante; 5º) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; 6º) uma decisão fundamentada, com base nas provas produzidas nos autos; 7º) o direito a processo com a necessidade de haver provas; 8º) o direito de publicar-se e estabelecer-se a conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; 9º) o direito a uma audiência pública; 10º) o direito à transcrição dos atos processuais; 11º) o ônus da prova³²⁹.

Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz, ao analisar o alcance do significado restrito da expressão dessa cláusula no direito processual americano, explica que deve assegurar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) juiz imparcial; c) oportunidade de produção de defesa oral perante o magistrado; d) faculdade de apresentar provas ao juiz; e) oportunidade de reperguntar testemunhas e contraditar provas empregadas contra o litigante; f) direito a um defensor no processo perante o magistrado ou tribunal³³⁰.

Significa que o princípio do devido processo legal em sua concepção processual indica o direito a um processo com a necessidade de haver provas bem como a existência do ônus da prova com regras de distribuição claras, na medida em que o princípio destina-se, em última

³²⁸ ÁVILA, Humberto. *O que é “Devido Processo Legal”?* In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Editor Juspodivm, 2010, p. 412.

³²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

³³⁰ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 183.

análise, de um lado, a assegurar um julgamento justo para as partes³³¹, o que somente pode ser alcançado através do atendimento das prerrogativas dos litigantes descritas acima, ou seja, deve haver um processo, ele deve ser justo e compatível com os direitos fundamentais³³².

O direito ao processo justo, porém, por se tratar de conceito indeterminado e cláusula geral, não pode ser definido abstratamente ao tempo em que seu descumprimento não enseje consequências jurídicas predeterminadas. Entretanto, é possível afirmar que o direito ao devido processo justo abrange, também, o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que compreende a dinâmica garantia dos meios processuais suficientes e resultado qualitativo³³³, ao juiz natural, à representação técnica, à paridade de armas, ao contraditório, à ampla defesa, à prova, à publicidade, à motivação da sentença, à assistência jurídica integral e à duração razoável do processo³³⁴.

Por outro lado, o devido processo legal na ótica formal destina-se também a assegurar o acesso à justiça aqui entendido no sentido de expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, solucionando seus litígios³³⁵.

Desse modo, podemos afirmar que processo justo e acesso à justiça podem ser considerados como faces de uma mesma moeda, ou seja, o acesso à ordem jurídica justa ou à efetiva tutela jurisdicional³³⁶.

Em assim sendo, entendemos que ao assegurar o respeito ao devido processo legal o legislador constituinte estabeleceu implicitamente o direito

³³¹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 184.

³³² ÁVILA, Humberto. *O que é "Devido Processo Legal"?* In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Editor Juspodivm, 2010, p. 411.

³³³ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

³³⁴ CARDOSO, Oscar Valente. *Direitos fundamentais do processo: devido processo legal e devido processo justo*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 117, p. 61-71, dezembro 2012.

³³⁵ BULOS BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 290.

³³⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

de provar das partes que se torna extremamente visível pela cláusula *procedural due process*³³⁷.

3.1.2 Direito de ação, contraditório e produção de prova

O direito de ação, previsto em normas de direito internacional³³⁸, encontra-se assegurado tanto na Constituição do Brasil³³⁹ como na de Portugal³⁴⁰.

O princípio do direito de ação ou da inafastabilidade da jurisdição, descrito no art. 5º, XXXV, da CF/88 brasileira estabelece a vedação à autotutela e ao exercício arbitrário das próprias razões e enuncia o processo como instrumento de realização da justiça material³⁴¹.

Dessa forma, assegura a todos a possibilidade de acesso à jurisdição para pleitear a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito, seja individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo, razão pela qual se caracteriza como direito público subjetivo, genérico, abstrato e incondicionado dado a todos independentemente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social³⁴².

Em consequência, nula e não executável será toda disposição legal que exclua do pronunciamento judicial, certas e determinadas situações jurídicas³⁴³.

Na lição de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva consiste em direito

³³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 84.

³³⁸ Declaração Universal dos Direitos do Homem, arts. 8º, 9º e 10º e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, arts. 6º e 13º.

³³⁹ Estabelece o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁴⁰ Art. 20º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

³⁴¹ FUX, Luiz. *Processo e Constituição*. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 15.

³⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 223.

³⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1998, vol. I*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 435.

fundamental constituindo uma garantia indispensável para a proteção de direitos fundamentais, logo, inerente à ideia de Estado de direito e que encerra uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado que deve colocar à disposição dos indivíduos uma organização judiciária e um conjunto de processos garantidores da tutela jurisdicional efetiva³⁴⁴. Segundo os autores, o preceito encerra vários direitos conexos e distintos, dentre os quais o direito de acesso ao direito; o direito de acesso aos tribunais; o direito à informação e consulta jurídica; o direito ao patrocínio judiciário, uma vez que todos são componentes de um direito geral à proteção jurídica³⁴⁵.

Nesse aspecto, sustentamos que o direito de acesso à jurisdição engloba, também, o direito à produção de prova pelas partes no processo uma vez que a concretização do acesso a esses direitos conexos somente é concebido a partir do respeito às normas processuais dentre as quais aquelas que estabelecem as regras para a produção da prova perante o juiz.

Além disso, o direito à proteção jurídica abrange todos e quaisquer direitos e interesses legalmente protegidos³⁴⁶ e o direito à produção da prova sem dúvida que se encontra albergado pela norma jurídica.

E mais: o direito de ação conduz à possibilidade da parte agir em juízo o que significa que pode realizar no processo todas as atividades que forem necessárias, à obtenção da tutela jurisdicional requerida, o que inclui a produção de provas³⁴⁷. Implica que o direito de ação não se limita à instauração do processo, mas fundamenta a própria prerrogativa de agir da parte no curso do procedimento e sua atuação inclui a possibilidade de utilização dos meios probatórios admissíveis e relevantes para a demonstração dos fatos deduzidos como fundamento da pretensão.

Por fim, o direito de ação não significa direito ao processo, mas direito ao processo justo, dentro do qual se encontra o direito à prova,

³⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 408.

³⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 408, p. 409.

³⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 408, p. 410.

³⁴⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

conforme já consignado anteriormente quando da abordagem do princípio do devido processo legal.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional já se manifestou no sentido de que o direito de ação enseja para a parte o direito de oferecer suas provas e controlar as provas do adversário³⁴⁸. Podemos então concluir que o direito de produzir prova também se encontra implicitamente protegido pela norma constitucional que trata do acesso à jurisdição.

Resta saber, no entanto, se o direito a produção de provas estaria legitimado pelo princípio do contraditório³⁴⁹, consagrado em tratados e convenções internacionais³⁵⁰, também, nas Constituições do Brasil³⁵¹ e de Portugal³⁵², no CPC/2015³⁵³ e no CPCpt³⁵⁴.

³⁴⁸ AC. 86/88, pub. no Diário da República, II, de 22-08-1988. AC. 646/2006 no mesmo sentido. A esse respeito vide JORGE, Nuno Lemos. *Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*. Julgar, Lisboa, n.º 6, p. 99-106, setembro/dezembro 2008.

³⁴⁹ Não faremos distinção entre o contraditório e a ampla defesa na presente investigação porque entendemos que merecem tratamento comum na medida em que se trata de expressões diferentes para identificar o mesmo fenômeno e que se encontram no mesmo dispositivo constitucional.

³⁵⁰ Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 11. Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, n. 2.

³⁵¹ Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁵² Art. 32º. 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

³⁵³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³⁵⁴ Art. 372º, 1 — Quando o requerido não tiver sido ouvido antes do decretamento da providência, é-lhe lícito, em alternativa, na sequência da notificação prevista no n.º 6 do artigo 366.º: a) Recorrer, nos termos gerais, do despacho que a decretou, quando entenda que, face aos elementos apurados, ela não devia ter sido deferida; b) Deduzir oposição, quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinem a sua redução, aplicando -se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 367.º e 368.º. Art. 597º. Nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, findos os articulados, sem prejuízo do disposto

no n.º 2 do artigo 590.º, o juiz, consoante a necessidade e a adequação do ato ao fim do processo: a) Assegura o exercício do contraditório quanto a exceções não debatidas nos articulados;

O princípio do contraditório deriva do princípio da dignidade da pessoa humana porque no processo o homem não pode ser considerado meramente um objeto, mas assume um papel ativo de sujeito processual³⁵⁵.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida entende que o contraditório “é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”³⁵⁶.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos dois são os elementos da noção de contraditório: 1º) necessidade de bilateralidade, caracterizado pela informação necessária às partes; e 2º) possibilidade de reação, atrelado a uma reação possível³⁵⁷. Segundo o autor, o contraditório possui como conteúdo assegurar aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, assegurando-se a igualdade das partes de modo que todos aqueles que possuírem alguma pretensão a ser deduzida em juízo podem invocar o contraditório³⁵⁸. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, que entende que se desdobra o contraditório em dois momentos: a informação necessária e a reação possível³⁵⁹.

Todavia, atualmente o contraditório pode ser entendido de maneira mais ampla como a outorga de prerrogativas para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo de maneira paritária influenciando de maneira ativa e efetiva a formação dos pronunciamentos jurisdicionais³⁶⁰, afinal, o processo deve ser estruturado em torno da possibilidade de efetiva participação das partes e na ideia de simétrica

³⁵⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale, anno LX, n. 2, p. 449-464, aprile-giugno 2005.

³⁵⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

³⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 301.

³⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 301.

³⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1990, p. 4.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Princípios do contraditório e da ampla defesa*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil – Série IDP*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 433.

paridade entre as mesmas³⁶¹, razão pela qual podemos afirmar que o contraditório é sinônimo de participação processual³⁶².

É nesse sentido que podemos afirmar que o contraditório também pode ser entendido como o direito das partes de influenciarem o exercício do poder do Estado³⁶³.

Nesse contexto, já tivemos a oportunidade de tecer algumas considerações sobre o direito de ação e quanto ao direito de defesa; consubstanciado pelo princípio do contraditório, o demandado deve ter assegurado o mesmo tratamento dado ao demandante, sob pena de violação do princípio da isonomia das partes as quais merecem proteção equivalente, pois assegurada a paridade de armas entre os litigantes e notadamente porque ação e defesa são dois direitos iguais e contrapostos³⁶⁴.

Então, podemos afirmar que o direito de defesa indica a possibilidade do demandado se valer de todos os instrumentos úteis e necessários para influenciar no convencimento do juiz o que inclui a sua iniciativa probatória. Esse direito de defesa, por ser dinâmico, estende-se durante todo o desenvolvimento da relação jurídica processual até decisão do juiz conhecendo ou não da pretensão do autor e acolhendo ou rejeitando a mesma.

Entretanto, não apenas o direito de defesa encontra-se albergado pelo contraditório, mas outras manifestações das partes no curso do processo, ou seja, deve-se dar oportunidade igual a que cada litigante possa ter acesso às provas produzidas no feito pelo adversário (direito à informação) e que possa, assim, preparar sua reação em tempo hábil, de maneira efetiva (reação)³⁶⁵, conforme estabelecido, por exemplo, pelo art.

³⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Princípios do contraditório e da ampla defesa*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil – Série IDP*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 433.

³⁶² CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107. p. 131.

³⁶³ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale, anno LX, n. 2, p. 450, aprile/giugno 2005.

³⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.5

³⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Princípios do contraditório e da ampla defesa*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang;

398 do CPC/1973³⁶⁶ (art. 437, §1º, do CPC/2015³⁶⁷) e arts. 415º, I³⁶⁸, e 427º³⁶⁹ do CPCpt, afinal, o contraditório permeia todos os atos do procedimento.

De tal sorte, podemos afirmar que o contraditório vai além do simples direito de defesa e assegura a participação paritária e efetiva das partes no curso do processo, por meio de regras pontuais na legislação processual civil como, por exemplo, as descritas no CPC/1973 nos arts. 407³⁷⁰ (art. 357, §4º, do CPC/2015³⁷¹), 433, parágrafo único³⁷² (art. 477, §1º, do CPC/2015³⁷³), 442, parágrafo único³⁷⁴ (art. 483, parágrafo único, do CPC/2015³⁷⁵) e arts. 552º, 2³⁷⁶ e 485º, 1 e 2, do CPCpt³⁷⁷.

Na busca pelo processo justo, assim não poderia ser diferente, em virtude do princípio da dialeticidade do processo, na medida em que para

STRECK, Lênio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil – Série IDP*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 433.

³⁶⁶ Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁶⁷ § 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.

³⁶⁸ 1 — Salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas.

³⁶⁹ Quando o documento seja oferecido com o último articulado ou depois dele, a sua apresentação é notificada à parte contrária, salvo se esta estiver presente ou o documento for oferecido com alegações que admitam resposta.

³⁷⁰ Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.

³⁷¹ § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

³⁷² Art. 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.

³⁷³ § 1º As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer.

³⁷⁴ Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.

³⁷⁵ Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

³⁷⁶ 2 — No final da petição, o autor deve apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; caso o réu conteste, o autor é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, podendo fazê-lo na réplica, caso haja lugar a esta, ou no prazo de 10 dias a contar da notificação da contestação.

³⁷⁷ 1 — A apresentação do relatório pericial é notificada às partes. 2 — Se as partes entenderem que há qualquer deficiência, obscuridade ou contradição no relatório pericial, ou que as conclusões não se mostram devidamente fundamentadas, podem formular as suas reclamações.

todo movimento realizado por uma parte, deve ser assegurada a oportunidade para que o adversário possa realizar outro movimento, com o fim de contrastar e de minimizar os efeitos do ato que o precede, ou seja, conferem-se oportunidades razoáveis às partes para que realizem o ato juridicamente admissível que considera mais apropriado para neutralizar o movimento contrário³⁷⁸.

Assim, “o contraditório consiste na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar”³⁷⁹, impondo no processo a oportunidade para a parte manifestar-se em momento precedente à decisão judicial³⁸⁰.

Portanto, a oportunidade deve estar alicerçada na paridade de armas ou *par condicio*, que significa o princípio de equilíbrio de situações, não iguais, mas recíprocas³⁸¹, de modo a assegurar o equilíbrio entre as partes, de forma que ambas tenham possibilidades equivalentes de participar da marcha e do resultado do processo através dos mesmos instrumentos processuais, fazendo valer seus direitos em igualdade de condições, conforme estabelece o art. 125, inciso I, do CPC/1973³⁸² (art. 139, inciso I, do CPC/2015 com redação idêntica) e art. 4º do CPCpt³⁸³.

Assegura-se às partes, portanto, a paridade de armas, por intermédio de uma justaposição de teses que tornam o princípio do contraditório um verdadeiro instrumento de luta das partes³⁸⁴. Cândido Rangel Dinamarco sustenta, nesse contexto, que o contraditório não basta ser efetivo, precisa ser equilibrado e o equilíbrio consiste na ideia de

³⁷⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

³⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 93.

³⁸⁰ CABRAL, Antônio do Passo. CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale, anno LX, n. 2, p. 450, aprile/giugno 2005.

³⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7.

³⁸² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

³⁸³ O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

³⁸⁴ PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale, anno LIII, n. 3, p. 679, luglio-settembre 1998.

igualdade das partes consubstanciada na igualdade de oportunidades no processo³⁸⁵.

Logo, de um lado, podemos falar em três conteúdos de eficácia mínima do contraditório: 1º) igualdade substancial com a remoção de todos os obstáculos internos e, se possível, externos ao processo; 2º) garantia da defesa técnica; 3º) adequação qualitativa das possibilidades de se fazer ouvir pelo juiz³⁸⁶.

Especificamente sobre a defesa técnica, somente poderá ser exercida minimamente se, de um lado, oportunizar o conhecimento da parte sobre as alegações da parte contrária e, por outro lado, viabilizar a produção de todos os meios de prova relevantes para demonstrar a alegação da parte, isto é, o contraditório não será exercido sequer minimamente se não for assegurada a iniciativa probatória dos litigantes.

Por outro lado, porém, o ideal perseguido é o de processo justo, de modo que o contraditório deve alcançar a sua máxima amplitude para que possa viabilizar esse objetivo. Nesse passo, a participação da parte na instrução não se limita à iniciativa probatória, mas estende-se sobre tudo quanto sirva para preparar o espírito do juiz, ou seja, alcança todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova³⁸⁷, pois instruir não se limita a provar, instruir é preparar o provimento final³⁸⁸.

Em tal perspectiva, a efetividade e plenitude do contraditório somente poderão ser alcançadas se o princípio for estimulado pelo julgador, por meio da verificação do desempenho adequado das atividades defensivas e emprego de todos os meios necessários para influir sobre seu convencimento, sem que com isso venha a perder a sua imparcialidade³⁸⁹.

³⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 36, 1981.

³⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 134-135.

³⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 10-11.

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 32-33, 1981.

³⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 11-12.

Na verdade, a maneira de exorcizar o fantasma da parcialidade consiste exatamente em submeter a atividade do juiz à observância do contraditório proibindo de levar em conta na sua decisão qualquer elemento probatório colhido sem que as partes tivessem a oportunidade efetiva de participar, na medida do possível, seja na sua colheita ou, no mínimo, na manifestação dos resultados obtidos³⁹⁰.

De tal sorte que essa atuação mais ativa na direção e na instrução do feito por parte do juiz não implica necessariamente instaurar no processo civil o domínio do “autoritarismo” ou do “paternalismo” porque os papéis do juiz e o das partes se completam, não se excluem³⁹¹.

Outro argumento que legitima o contraditório como fundamento do direito à prova encontra-se no fato de que a validade da prova somente existirá se houver respeito ao contraditório³⁹² e assim ocorre porque é necessária a presença do juiz e das partes na produção da prova: o primeiro, como condutor do procedimento na presença de quem todas as provas devem ser produzidas, a teor do disposto no art. 336, *caput*, do CPC/1973³⁹³ (art. 449 do CPC/2015³⁹⁴) e art. 500º do CPCpt³⁹⁵; e as partes seja por meio do pedido de produção de provas seja através de pedido de contraprova, isto é, assegura-se o direito de participarem diretamente da produção da prova³⁹⁶.

³⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova*. Revista de Processo, n. 35, p. 181, abril/junho de 1984.

³⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, n. 37, p. 147-148, janeiro/março de 1985.

³⁹² RIBEIRO, Darci Guimarães. *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do CPC/2015*. Revista de Processo, São Paulo, n. 39, vol. 232, p. 13-35, jun. 2014.

³⁹³ Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.

³⁹⁴ Art. 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo.

³⁹⁵ As testemunhas depõem na audiência final, presencialmente ou através de teleconferência, exceto nos casos seguintes: a) Inquirição antecipada, nos termos do artigo 419.º; b) Inquirição por carta rogatória, ou por carta precatória expedida para consulado português que não disponha de meios técnicos para a inquirição por teleconferência; c) Inquirição na residência ou na sede dos serviços, nos termos do artigo 503.º; d) Impossibilidade de comparência no tribunal; e) Inquirição reduzida a escrito, nos termos do artigo 517.º; f) Depoimento prestado por escrito, nos termos do artigo 518.º; g) Esclarecimentos prestados nos termos do artigo 520.º.

³⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 21-25.

A participação direta do juiz durante todo o desenvolvimento da atividade processual é fator indispensável ao atendimento do contraditório, pois o exercício da jurisdição implica a tarefa do juiz de participar diretamente de todos os atos do processo, o que o coloca como destinatário do contraditório³⁹⁷.

Além disso, as partes não se sujeitam passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo julgador, antes, dispõem da possibilidade de se pronunciarem e intervirem ativamente no processo porque possuem o direito de atuar de maneira crítica e construtiva no curso do processo³⁹⁸.

Dessa forma, o princípio do contraditório assume a função de princípio guia de um verdadeiro debate processual, rendendo a possibilidade de exercício do direito de as partes influenciarem a formação da vontade estatal, mas, também, impondo deveres, ou seja, às partes de colaborarem na formação da convicção do magistrado e a este o dever de promover no processo um ambiente propício para o debate³⁹⁹.

Pelo visto até o momento, os direitos de ação e de defesa careceriam de conteúdo substancial não fosse o direito à prova porque impedir a parte de produzir prova significa privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa⁴⁰⁰, razão pela qual encontramos na doutrina, posição no sentido de que o exercício desses direitos – de ação e de defesa – nem mesmo estaria sujeito à preclusão⁴⁰¹.

Dessa maneira, somente se pode falar de maneira efetiva em justiça, inerente à garantia do devido processo legal, quando, no curso do processo, a ação e a defesa possam vir a ser exercidas adequadamente⁴⁰² e o

³⁹⁷ MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 163-167.

³⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, n. 71, p. 34, julho/setembro 1992.

³⁹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale, anno LX, n. 2, p. 464, aprile/giugno 2005.

⁴⁰⁰ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

⁴⁰¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*. Rivista di Diritto Processuale, anno LIII (Seconda Serie), n. 4, p. 968-995, ottobre-dicembre 1998.

⁴⁰² CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 112.

direito de produzir prova, nesse sentido, é um dos pilares para o exercício desses direitos protegidos constitucionalmente, motivo pelo qual fundamentam a ideia defendida no sentido de que o direito de provar encontra-se implicitamente protegido, também, pelos princípios da inafastabilidade da jurisdição e contraditório.

3.1.3 A isonomia entre as partes e a iniciativa probatória

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contemplou o princípio da igualdade nos seus arts. 1º e 2º⁴⁰³ no que foi seguida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 14º)⁴⁰⁴ e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 24)⁴⁰⁵. No Brasil, o princípio da igualdade encontra-se descrito no *caput* do art. 5º da CF/88⁴⁰⁶.

A Constituição Portuguesa, por sua vez, consagra o princípio da igualdade no seu art. 13º⁴⁰⁷ e indica a necessidade de igualdade jurídica e de igualdade social, ou seja, estabelece que a lei é igual para todos, o que resulta na proibição de privilégios e de discriminações, vedando a diferenciação das pessoas com base em classes jurídicas diversas, com diferentes direitos e deveres, de acordo com o nascimento, a raça, o sexo

⁴⁰³ Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Artigo 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

⁴⁰⁴ Artigo 14º. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

⁴⁰⁵ Artigo 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

⁴⁰⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴⁰⁷ Artigo 13º (Princípio da igualdade). 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

etc. Significa então que a lei deve ser igual para todos assim como a igualdade social consubstanciada no livre acesso aos benefícios da civilização por meio da transformação das estruturas econômico-sociais⁴⁰⁸.

Nesse contexto, o princípio da igualdade dirige-se à criação do direito, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão citada por Robert Alexy⁴⁰⁹, de modo que vincula o legislador.

Segundo o autor, o princípio da igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados igualmente pelo legislador, o que não significa, porém, que tenha que colocar todas as pessoas nas mesmas posições jurídicas porque conduziria não apenas a normas não funcionais e injustas, como também eliminaria os pressupostos para o exercício de competências; nem que tenha que procurar que todos apresentem as mesmas propriedades naturais ou se encontrem nas mesmas situações fáticas, pois a eliminação das diferenças encontraria óbice em limites naturais e limitaria o nível intelectual, cultural ou econômico do homem⁴¹⁰.

Por outro lado, J. J. Canotilho e Vital Moreira aduzem que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, albergando as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social, notadamente porque impõe a igualdade na aplicação do direito, assegurada pela universalidade da lei e pela vedação de diferenciação entre cidadãos com base em condições meramente subjetivas⁴¹¹.

É plausível concluir sob essa ótica que o princípio da igualdade dirige-se, em primeiro lugar, ao próprio legislador a quem é vedado fazer discriminações desarrazoadas entre as pessoas, mas também se dirige ao juiz e ao administrador, o que indica que todos são iguais perante o

⁴⁰⁸ MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional aditamentos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982, p. 332-333.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 349.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 350.

⁴¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 337.

magistrado⁴¹² a quem compete dar à lei o entendimento que não gere privilégios de espécie alguma entre as partes⁴¹³.

Significa que a isonomia ignora as desigualdades reais para estabelecer uma igualdade formal, ou igualdade jurídica, ou igualdade jurídico-formal⁴¹⁴, que decorre da lei e não da realidade de modo que se justifica a possibilidade de haver distinções entre os homens, à luz da realidade, sem que haja violação da isonomia, reduzindo a distância entre a ficção e a realidade e viabilizando o alcance do processo justo⁴¹⁵, afinal, o princípio da isonomia não é absoluto, como nenhum direito o é⁴¹⁶.

Entretanto, no âmbito da relação jurídica processual, atualmente não basta assegurar a igualdade formal entre os litigantes, devendo o magistrado perseguir a promoção da igualdade real entre as partes o que somente poderá ser verificado quando a solução encontrada não resultar da superioridade econômica ou da astúcia de uma delas⁴¹⁷.

Portanto, para que se possa falar em igualdade real, efetiva, deve ser assegurado às partes o adequado equilíbrio, independentemente de fatores externos⁴¹⁸. Às partes não deve ser oferecida somente a oportunidades, mas garantir que essas oportunidades sejam aproveitadas por todas as partes independentemente das desigualdades econômicas ou sociais⁴¹⁹.

⁴¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *O princípio da igualdade processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 39-40, dez. 1981/dez. 1982.

⁴¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 628.

⁴¹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 214.

⁴¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *O princípio da igualdade processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 40, dez. 1981/dez. 1982.

⁴¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 628.

⁴¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.

⁴¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 113.

⁴¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 114.

Nesse passo, o tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades⁴²⁰.

Para Robert Alexy, essa fórmula pode ser interpretada de duas maneiras distintas. Pela primeira interpretação, o princípio limita-se à prática de decisão universalista, ou seja, o legislador deve adotar normas universais condicionadas a partir da consideração da presença de certas propriedades das pessoas que devem receber o tratamento igual ou desigual. Entretanto, segundo o próprio autor, essa interpretação não pode ser aceita, uma vez que não explica como devem ser tratados quais indivíduos e com quais propriedades, o que poderia dar margem a discriminações por parte do legislador sem que caracterizasse violação ao princípio da igualdade.

Conforme a segunda interpretação, a exigência deve dirigir-se ao conteúdo da norma e não a formulação lógica da norma. Nesse contexto, explica Robert Alexy que se deve ter em consideração a igualdade ou desigualdade valorativa, isto é, relativa a igualdades (desigualdades) fáticas parciais e também relativas à igualdade valorativa relativa a determinados tratos⁴²¹.

A nosso ver, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais indica que não existe uma simetria perfeita de direitos e obrigações, valendo a máxima segunda a qual eventuais diferenças de tratamento devem ser justificadas racionalmente, com base em critérios de reciprocidade, de forma a evitar que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes⁴²².

No processo civil brasileiro, por exemplo, encontram-se prerrogativas à Fazenda Pública e ao Ministério Público como dilação de

⁴²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

⁴²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 351-353.

⁴²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Edições Podivm, 2006, p. 57.

prazo e reexame necessário, instituídas com vistas ao interesse público em virtude da natureza e organização do Estado⁴²³.

Dessa forma, a igualdade extrapola esses parâmetros de diferenciação das pessoas e alcança a relação jurídica processual seja como consequência direta do *due process of law* seja porque ela teve seu âmbito alargado e hoje configura-se como um princípio disciplinador de toda a atividade pública nas suas relações com os cidadãos⁴²⁴.

Nesse passo, com relação à jurisdição, o princípio da igualdade comporta três dimensões: 1ª) igualdade de acesso dos cidadãos à jurisdição (art. 20º, 1, da Constituição portuguesa); 2ª) igualdade dos cidadãos perante os tribunais; 3ª) igualdade da aplicação do direito aos cidadãos através dos tribunais⁴²⁵.

E é nesse segundo aspecto que o princípio da igualdade incide claramente sobre o direito à produção de provas, pois garante a igualdade de armas no processo e a igualdade na posição de sujeito processual, o que implica proibição de discriminação das partes no processo⁴²⁶, nos termos do art. 125, inciso I, do CPC/1973 (art. 139, inciso I, do CPC/2015 com redação idêntica), de modo que podemos afirmar que esse princípio, ainda que implicitamente, legitima às partes, a oportunidade de produzir provas no processo.

Em outras palavras, na forma dialética de colaboração das partes, elas se colocam perante o Estado-juiz em pé de igualdade, apresentando racionalmente seus argumentos e suas provas para que sejam avaliados pelo seu próprio valor e não com base em quem os apresentou, presumindo, assim, a sua igualdade⁴²⁷.

Resulta em reconhecer que o magistrado possui um papel fundamental nesse contexto porque a ele se impõe atuação para minorar as

⁴²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 54.

⁴²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 338.

⁴²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 346.

⁴²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.p. 346.

⁴²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *O princípio da igualdade processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 39-44, dez. 1981/dez. 1982.

desigualdades reais existentes entre os litigantes, agindo, porém, com a maior cautela possível a fim de não promover maior desigualdade⁴²⁸.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, de modo que não cabe interpretação para afastá-lo⁴²⁹.

3.2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PROVA CIVIL

A doutrina não tem adotado uma classificação única sobre os princípios aplicáveis à prova civil, havendo diversas manifestações em sentidos variados.

Hernando Devis Echandía, por exemplo, que nos parece tenha oferecido o rol mais completo, enumera os seguintes princípios da prova civil: princípio da necessidade da prova e da proibição de aplicar o conhecimento privado do juiz sobre os fatos; princípio da eficácia jurídica e legal da prova; princípio da unidade da prova; princípio da comunhão da prova, também chamado de aquisição; princípio do interesse público na função da prova; princípio da lealdade e probidade ou veracidade da prova; princípio do contraditório; princípio da igualdade de oportunidade para a prova; princípio da publicidade da prova; princípio da formalidade e legitimidade da prova; princípio da preclusão da prova; princípios da imediação e da direção do juiz na produção da prova; princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova; princípio da originalidade da prova; princípio da concentração da prova; princípio da liberdade da prova; princípio da pertinência e idoneidade da prova; princípio da naturalidade ou espontaneidade e licitude da prova e do respeito à pessoa humana; princípio da obtenção coativa dos meios materiais de prova; princípio da imaculação da prova; princípio da avaliação ou apreciação da prova de acordo com as regras do bom senso; princípio do ônus da prova e

⁴²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *O princípio da igualdade processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 44, 1981/dez. 1982.

⁴²⁹ STF - HC 83.255, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, PLENÁRIO, julgamento em 5-11-2003, DJ de 12-3-2004.

da autorresponsabilidade das partes por sua inatividade; princípio da oralidade; princípio inquisitivo na ordenação e prática das provas⁴³⁰.

Em sua obra sobre o tema William Santos Ferreira descreve os princípios fundamentais da prova cível: princípio da atipicidade da prova; princípio da utilização das provas obtidas por meios ilícitos; princípios da aquisição e comunhão da prova; princípio da oralidade; princípio da máxima eficiência dos meios probatórios; princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz; princípio da unidade probatória; princípio do livre convencimento motivado do juiz⁴³¹.

Fernando Luso Soares, por sua vez, enumera os seguintes princípios que dominam a organização e a produção da prova: princípio da oportunidade ou da preclusão em matéria de apresentação de prova; princípio do dever de cooperação; princípio do ônus da prova; princípio da audiência contraditória; princípio da faculdade de contraprova; princípio da aquisição probatória; princípio da resolução da dúvida sobre a realidade do fato ou sobre a repartição do ônus da prova; princípio da oficialidade complementar da produção da prova; princípio da desnecessidade de prova dos fatos confessados, acordados ou documentalmente provados; princípio da necessidade de prova do direito estrangeiro, consuetudinário ou local; princípio da imediação e da oralidade; princípio da liberdade na apreciação da prova⁴³².

Além disso, Artur Anselmo de Castro enumera os seguintes princípios aplicáveis à prova: princípio do dever de cooperação ou colaboração na produção das provas; princípio do contraditório; princípio da aquisição processual; princípio da eficácia das provas produzidas num processo em outro processo contra a mesma parte; princípio da imediação e

⁴³⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis, *Compendio de la prueba judicial, tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 31-47. No mesmo sentido, a lição de DE SANTO, Victor. *La prueba judicial teoría y práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 14-28.

⁴³¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴³² SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil*. Parte geral e processo declarativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. 444-445.

da oralidade; princípio inquisitório ou da oficialidade; princípio da identidade do juiz no julgamento de matéria de fato⁴³³.

João de Castro Mendes aponta os seguintes princípios da prova: princípio da cooperação; princípio da livre apreciação ou avaliação das provas; princípio da aquisição processual; e princípio da imediação⁴³⁴.

Nesse contexto, para os fins aos quais se destina a presente investigação analisaremos os princípios da prova civil que em alguma medida demonstram maior relevância para o debate em relação às controvérsias envolvendo o ônus da prova no processo coletivo sendo que destacamos um capítulo para a análise do dever de colaboração e o direito probatório.

3.2.1 Princípio da relevância

A prova, a par de possuir um objeto, também se circunscreve a uma finalidade e encerra uma necessidade, elementos distintos e inconfundíveis, o que nos faz refletir sobre a seleção preliminar da prova.

Num primeiro momento, poder-se-ia sustentar que qualquer tipo de prova pode ser empregado em qualquer processo, mas o fato é que a decisão, embasada na prova, será proferida pelo magistrado a quem compete, em regra, a escolha de qual prova poderá ser admitida. Falamos *em regra* porque com o CPC/2015 as partes podem, por exemplo, negociar entre si e apresentar ao magistrado para homologação a forma pela qual o procedimento seguirá e como será distribuído o ônus da prova o que caracteriza uma das maiores novidades do novo diploma⁴³⁵.

⁴³³ CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório*, vol. III. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 301-306.

⁴³⁴ MENDES, João de Castro. *Direito processo civil*, vol. III. Lisboa: AAFDL, 1972, p. 199-210.

⁴³⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Art. 373, § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo

O principal fator que justifica a seleção da prova sem dúvida nenhuma é a busca pela duração razoável do processo de modo que as partes não podem produzir todo tipo de prova que desejam, sob pena de ocasionar atrasos e complicações à tramitação do processo.

Por outro lado, porém, na mesma medida, não se pode admitir que o magistrado, de ofício, produza toda e qualquer prova que desejar, sob o risco de transformar o processo numa forma de inquisição.

Também podemos justificar a necessidade da seleção preliminar da prova com base na proteção de valores gerais ou interesses individuais específicos merecedores de atenção especial como os direitos fundamentais, por exemplo.

Conforme visto, de acordo com Michele Taruffo, os sistemas processuais costumam realizar a seleção preliminar das provas conforme dois critérios, sendo que o primeiro deles é o mais importante para esta investigação: 1º) a relevância dos elementos de prova; 2º) as normas que determinam quais provas são juridicamente admissíveis⁴³⁶. De acordo com o autor, a relevância da prova segue um critério lógico por meio do qual os únicos elementos de prova possíveis de admissão são aqueles que possuem uma conexão lógica com os fatos em litígio, de forma que se excluem da apresentação, fatos que não tenham qualquer utilidade para o estabelecimento da verdade dos fatos em litígio, ou seja, deve existir uma conexão lógica entre o enunciado que expressa o resultado positivo esperado da prova e o enunciado a respeito da existência de um fato em litígio⁴³⁷.

O juízo de relevância, para Eduardo Cambi, implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente podem ser consideradas

quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁴³⁶ Para Eduardo Cambi, a admissibilidade da prova refere-se ao respeito às formas e ao procedimento previsto na lei e não pode estar em conflito com outro valor ou bem, assegurado na Constituição e na legislação, que impeça o ingresso da prova em juízo, ou seja, regras de admissibilidade são regras de exclusão ou regras que limitam a possibilidade de se valer de determinados meios de prova ou, ainda, critérios jurídicos de seleção dos elementos que podem ser empregados no processo de modo que o juízo de admissibilidade recaia sobre a qualificação jurídica do fato que se pretende provar ou sobre o meio escolhido para demonstrá-lo (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 262-263).

⁴³⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35-37.

relevantes as provas que possam contribuir para a demonstração do fato jurídico⁴³⁸. No mesmo sentido, encontra-se a lição de Fredie Didier Júnior para quem somente merecem ser objeto de prova os fatos que tenham alguma relação ou conexão com a causa ajuizada, isto é, fatos relevantes ou influentes ao ponto de influenciar na decisão, sendo excluídos da prova os fatos que não exercem influência sobre a decisão da causa, como, por exemplo, fatos cuja prova seja impossível ou proibida e fatos cuja existência é impossível física ou juridicamente⁴³⁹.

William Santos Ferreira entende que o juízo de relevância é preliminar de utilidade da prova, de forma que somente as provas que realmente possam contribuir para a demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes⁴⁴⁰. Segundo o autor, o juízo de relevância recai sobre o fato, o qual deve integrar necessariamente a causa (pertinência) e dessa maneira poder influir na decisão ou sobre o meio escolhido para a prova desse fato⁴⁴¹. Conclui William Santos Ferreira que a relevância do fato refere-se à utilidade, idoneidade, necessidade ou indispensabilidade de sua investigação para a solução do conflito apresentado perante o Poder Judiciário⁴⁴².

Nesse passo, podemos concluir que somente fatos jurídicos relevantes⁴⁴³ deve ser objeto da prova.

No Brasil, seguindo a tradição do CPC/1973, o CPC/2015 não consagrou expressamente essa regra, mas podemos extraí-la a partir da

⁴³⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 262.

⁴³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 53.

⁴⁴⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 262.

⁴⁴¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 263.

⁴⁴² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 263-264.

⁴⁴³ “Um fato concreto é juridicamente relevante quando corresponde ao fato abstratamente previsto pela norma a ser aplicada ao caso levado a julgamento, uma vez que esse fato se coloca como uma condição para a verificação das consequências jurídicas previstas pela norma correspondente” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 300).

interpretação de alguns de seus dispositivos⁴⁴⁴, diferente da legislação portuguesa cujo CPC, a nosso ver, previu expressamente uma norma consagrando esse critério⁴⁴⁵. Na jurisprudência brasileira, encontramos precedente consagrando a necessidade de respeito ao princípio da relevância⁴⁴⁶.

Com base nessas premissas, podemos concluir que de acordo com o princípio da relevância, os sistemas processuais coíbem a apresentação de elementos de prova irrelevantes⁴⁴⁷, inúteis e redundantes, isto é, somente elementos de prova relevantes devem ser admitidos.

Esse princípio possui primordialmente uma função negativa, ou excludente, conforme Michele Taruffo, porque alguns elementos de prova devem ser rechaçados em face da seleção preliminar da prova⁴⁴⁸, mas isso não significa que haja violação do direito fundamental à prova porque mesmo essa categoria de direitos pode sofrer mitigações, conforme já se pronunciou o STF⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴⁴⁵ Art. 130º. Não é lícito realizar no processo atos inúteis.

⁴⁴⁶ CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRESTAÇÃO DE SAÚDE. PROVA PERICIAL. APARENTE PERTINÊNCIA E RELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA E PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. A aparente pertinência da perícia com fato representativo da alegação da parte, e a relevância deste fato para a solução do litígio, recomendam que se produza a prova, segundo a regra geral do art. 420, do CPC, e o princípio da ampla defesa. (TJ-RS - Apelação Cível: 70043539402 RS, Relator: MARA LARSEN CHECHI, Data de Julgamento: 12/11/2012, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2012).

⁴⁴⁷ Segundo Eduardo Cambi, fatos jurídicos irrelevantes podem ser considerados *não-fatos*, ou seja, não ingressam no mundo jurídico, logo, não podem ser objeto de um processo (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 300).

⁴⁴⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

⁴⁴⁹ PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. 1. Caso a natureza da prisão dos pacientes fosse a de prisão preventiva, não haveria dúvida acerca do direito à liberdade em razão do reconhecimento do arbítrio na prisão - hipótese clara de relaxamento da prisão em flagrante. Contudo, não foi o que ocorreu. 2. A jurisprudência é pacífica na admissão de relaxamento da prisão em flagrante e, simultaneamente, do decreto de prisão preventiva, situação que em tudo se assemelha à presente hipótese, motivo pelo qual improcede o argumento de que há ilegalidade da prisão dos pacientes. 3. Na denúncia, houve expressa narração dos fatos relacionados à prática de dois latrocínios (CP, art. 157, § 3º), duas ocultações de cadáveres (CP, art. 211), formação de quadrilha (CP, art. 288), adulteração de sinal identificador de veículo motor (CP, art. 311) e corrupção de menores (Lei nº 2.252/54,

Em Portugal é a própria Constituição que estabelece a possibilidade de restrição de direitos, nos termos do art. 18º, n. 2⁴⁵⁰, mas na jurisprudência do Tribunal Constitucional português também encontramos precedente nesse mesmo sentido⁴⁵¹.

3.2.2 Princípio da atipicidade da prova

O princípio da atipicidade da prova, também chamado de princípio da não taxatividade ou da liberdade da prova, significa a autorização conferida para que outros modos de prova sejam empregados além daqueles previstos na lei⁴⁵².

José Carlos Barbosa Moreira, invocando a lição de Michele Taruffo, esclarece que a distinção entre prova típica e atípica poderia se manifestar de duas maneiras: pela primeira, a prova seria atípica por constituir espécie diferente daquelas reguladas na lei; e pela segunda, porque colhida de modo diferente daquela prevista na lei. Entretanto, segundo o autor, no tocante à primeira modalidade haveria uma dificuldade no estabelecimento de uma espécie nova ou diversa daquelas reguladas na lei porque as provas reguladas na lei esgotam as possibilidades de aquisição de conhecimento sobre fatos em relação às possíveis fontes desses

art. 1º). 4. Na via estreita do habeas corpus, não há fase de produção de prova, sendo defeso ao Supremo Tribunal Federal adentrar na valoração do material probante já realizado. A denúncia atende aos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não havendo a incidência de qualquer uma das hipóteses do art. 43, do CP. 5. Somente admite-se o trancamento da ação penal em razão de suposta inépcia da denúncia, em sede de habeas corpus, quando houver clara constatação de ausência de justa causa ou falta de descrição de conduta que, em tese, configura crime. Não é a hipótese, eis que houve individualização das condutas dos pacientes, bem como dos demais denunciados. 6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. 7. Ordem denegada. (HC 93.250, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644).

⁴⁵⁰ 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

⁴⁵¹ Acórdão n. 254/99, de 4 de maio.

⁴⁵² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

conhecimentos, não havendo outras possibilidades ou fontes diversas, ou seja, as provas típicas, então, cobririam todas as possibilidades.

Por essa razão, José Carlos Barbosa Moreira considera que, quando se fala em prova atípica, precisamos adotar o referencial da forma ou maneira pela qual o juiz tem acesso à fonte de informação, isto é, a maneira diversa daquela prevista especificamente na lei, determina a qualidade da prova típica⁴⁵³. Significa que o parâmetro a ser empregado para verificar se a prova é típica ou atípica é o modo que o juiz emprega para extrair elementos de convicção, isto é, não se refere às fontes empregadas, mas à maneira pela qual ocorre a aquisição da prova de modo que o procedimento de aquisição não previsto na lei que caracterizará a prova atípica⁴⁵⁴.

Quanto à admissibilidade da prova atípica, também chamada de inominada, Michele Taruffo sustenta que em tese o seu emprego poderia ser facilmente justificado pelo princípio da relevância, uma vez que todas as provas relevantes devem ser admitidas, mesmo que o meio de prova não esteja expressamente regulado pelo direito. O autor, todavia lembra que existem doutrinadores na Europa que sustentam que somente as provas especificamente previstas pelo direito poderiam ser admitidas, pois o catálogo de elementos de prova contemplados pelo direito é vinculante e exaustivo, o que excluiria a possibilidade do emprego de prova atípica.

Entretanto, Michele Taruffo refuta esse raciocínio pelos seguintes motivos: primeiro, não é o fato de o direito regular alguns tipos de prova e outros não que implica na impossibilidade de admissibilidade da prova atípica; segundo, não existe nenhum sistema processual que explicitamente assevera que somente os meios de prova regulados devem ser admitidos; terceiro, existem sistemas processuais que contemplam uma lista de provas reguladas tão extensa com tipos extremamente vagos e gerais de prova que terminam por autorizar virtualmente qualquer outro meio de prova; quarto, o direito à prova não pode ser limitado pela vedação do emprego de provas atípicas.

⁴⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Provas atípicas*. Revista de Processo n. 76, p. 114-126, outubro/dezembro de 1994.

⁴⁵⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 60.

A respeito desse último argumento, Eduardo Cambi assevera que a busca da máxima potencialidade do mecanismo probatório sofre restrições com a ideia de taxatividade do rol dos meios de prova, de modo que a adoção de um modelo exemplificativo e não exaustivo faz parte do conteúdo do direito constitucional à prova⁴⁵⁵.

Entretanto, José Carlos Barbosa Moreira descreve três principais dificuldades que surgem com referência às provas atípicas: a primeira relativa à ausência de sistematização do emprego dessa prova ou o problema da necessária compatibilização das provas atípicas com a lei e a ética, sustentando que deve haver limites na admissão da prova atípica de forma que devem ser excluídas as provas atípicas consideradas ilegais; a segunda que diz respeito à conciliação da prova atípica com a garantia do contraditório de modo, sempre que possível, deve-se optar pela forma que melhor atenda a esse princípio; a terceira é a questão da valoração da prova atípica, pois não se pode confundir liberdade na valoração da prova com arbítrio, devendo haver limites mesmo para o juiz⁴⁵⁶.

No Brasil, a admissibilidade de provas atípicas encontra-se prevista no art. 332 do CPC/1973⁴⁵⁷ – norma inspirada no Código de Processo Civil do Estado do Vaticano⁴⁵⁸ – e, hoje, descrita no art. 369 do CPC/2015⁴⁵⁹.

Fredie Didier Júnior assevera que a marca característica dessa previsão é a licitude dos meios de prova e enfatiza que a previsão constante

⁴⁵⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

⁴⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, n. 37, p. 123-126, janeiro/março de 1985.

⁴⁵⁷ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁴⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, n. 37, p. 116, janeiro/março de 1985.

⁴⁵⁹ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

no art. 212 do Código Civil⁴⁶⁰, que tipifica e enumera os meios de prova, não repercute na legislação processual⁴⁶¹.

Significa que no direito brasileiro não existe em lei rol restritivo dos meios de prova que são, portanto, meramente exemplificativos, admitindo-se que outros meios de prova não previstos também sejam adotados desde que não contrariem a norma legal e não violem o contraditório⁴⁶² e nesse mesmo sentido encontramos precedentes jurisprudenciais no e. STJ⁴⁶³.

Em Portugal, o CPCpt previu regras semelhantes⁴⁶⁴ de forma que podemos concluir que o seu sistema processual admite a prova atípica.

⁴⁶⁰ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

⁴⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 94.

⁴⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 510-511.

⁴⁶³ O Min. Relator: consignou o seguinte: “Vigora no direito brasileiro a regra de que não existe em lei rol restritivo dos meios de prova, sendo essa conclusão fundamentada no expreso texto do art. 332 do CPC. Os meios de prova previstos no diploma processual são meramente exemplificativos, admitindo-se que outros meios não previstos também sejam considerados, desde que não contrariem a norma legal. Trata-se da chamada prova atípica, sendo indicados como exemplos: prova emprestada, constatações realizadas pelo oficial de justiça, inquirição de testemunhas técnicas (expert witness), declaração escrita de terceiro, e ata notarial. Entende-se que não se deve admitir prova atípica quando ofensiva ao contraditório, bastando para o respeito ao princípio constitucional a viabilidade de reação à prova já produzida, não sendo exigida a participação das partes em sua formação. Também não se devem aceitar como prova atípica as provas típicas consideradas nulas ou inadmissíveis por não respeitarem as regras que disciplinam sua formação ou expressamente excluídas por normas de direito material ou processual (Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Editora Método, 2010, p. 401/402)”. Ag no Resp n. 328.494 - SC (2013/0133986-4). Relator: Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Agravante: União. Agravado: Augusto Destro. Advogado: Enderson Luiz Vidal e outro(s). Ag no Resp n. 261.373 - PE (2012/0250116-5). Relator: Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Agravante: Jose Valdir de Macedo. Advogado: Júlio Martins S Junior e outro(s). Agravado: União.

⁴⁶⁴ Art. 552º. 2 — No final da petição, o autor deve apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; caso o réu conteste, o autor é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, podendo fazê-lo na réplica, caso haja lugar a esta, ou no prazo de 10 dias a contar da notificação da contestação. Art. 572º. Na contestação deve o réu: a) Individualizar a ação; b) Expor as razões de facto e de direito por que se opõe à pretensão do autor; c) Expor os factos essenciais em que se baseiam as exceções deduzidas, especificando -as separadamente, sob pena de os respetivos factos não se considerarem admitidos por acordo por falta de impugnação; e d) Apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; tendo havido reconvenção, caso o autor replique, o réu é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, no prazo de 10 dias a contar da notificação da réplica. Art. 330º. Os assistentes podem fazer uso de quaisquer meios de prova, mas quanto à prova testemunhal somente para completar o número de testemunhas facultado à parte principal.

3.2.3 Princípio da vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos

O direito constitucional à prova não é ilimitado e incondicionado sofrendo as restrições que a Constituição e a legislação infraconstitucional apresentam. Significa que não há plena liberdade na produção da prova porque as partes não detêm direito absoluto de produzir toda e qualquer prova, como provas imorais ou ilícitas⁴⁶⁵.

Dessa forma, o direito à prova contém limites impostos pela proteção de direitos de terceiros, limites esses consubstanciados nas chamadas provas proibidas, ou seja, provas que são materialmente lícitas, mas processualmente proibidas – que podem ensejar a proibição de produção ou de valoração – ou provas que são material e processualmente proibidas – que não devem servir de fundamento para qualquer decisão judicial⁴⁶⁶, mas há quem sustente que a prova ilícita ingressa no processo de modo ilegal ou por qualquer razão se forma ilegitimamente fora do processo⁴⁶⁷.

Nesse passo, de acordo com João Batista Lopes, a expressão *provas ilícitas* pode ser tomada em sentido lato ou restrito: no primeiro, abrange tanto as provas contrárias à Constituição como também às leis ordinárias e aos bons costumes; no sentido restrito, refere-se às provas que ofendam disposições da lei ou da Constituição⁴⁶⁸.

Fredie Didier Júnior sustenta que o conceito de prova ilícita é amplo, abrangendo tanto a prova que contraria qualquer norma do

⁴⁶⁵ ALVES, Francisco Luís Rios. *Prova ilícita e sua admissão no processo civil*. Revista da ESMAPE, Recife, v. 18, n. 38 tomo I, p. 295-392, jul. 2013.

⁴⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 57.

⁴⁶⁷ GRAZIOSI, Andrea. *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, n. 3, p. 693-726, settembre 2011.

⁴⁶⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

ordenamento jurídico como aquela que for colhida sem observância da participação em contraditório⁴⁶⁹.

Em análise convergente, podemos concluir que as provas vedadas, isto é, aquelas que infringem a norma de direito material constitucional ou infraconstitucional, representam o gênero do qual são espécies: a) as provas ilícitas em sentido estrito, ou seja, obtidas com violação a normas ou princípios de direito material, notadamente daqueles assentados no texto constitucional; e b) as provas ilegítimas, isto é, aquelas que resultam da infringência de normas de ordem processual.

A doutrina aponta os seguintes critérios para aferição da ilicitude: a) objeto da prova; b) meios pelos quais os dados dela decorrentes são inseridos no processo; c) procedimentos pertinentes à coleta do material probatório; d) em alguns casos, valor da prova produzida⁴⁷⁰.

A vedação ao emprego de provas obtidas por meios ilícitos encontra-se consagrada em normas constitucionais.

No Brasil, a CF/88 estabeleceu em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e em Portugal, a Constituição estabeleceu a vedação a provas ilícitas expressamente no art. 32º, n. 8, nos seguintes termos: “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Entretanto, tanto no Brasil como em Portugal ainda encontramos dispositivos infraconstitucionais emprestando tratamento à matéria. O art. 157 do CPP⁴⁷¹, por exemplo, estabeleceu claramente que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” e no § 1º estipulou que “são também inadmissíveis as provas derivadas das

⁴⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 95.

⁴⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 96.

⁴⁷¹ Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro, de 1941.

ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. O art. 125º do CPP⁴⁷², por sua vez, previu que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” e no art. 126º deu tratamento aos métodos proibidos de prova⁴⁷³.

Tecidas essas considerações, a questão que se coloca neste instante diz respeito à possibilidade de mitigação do princípio da vedação do emprego de provas ilícitas.

Andrea Graziosi distingue duas orientações da doutrina a esse respeito. a) de acordo com o primeiro grupo, mais formalista, a prova produzida perante o tribunal, mesmo que obtida por meio ilícito, deveria ser admitida como qualquer outro meio de prova produzido; b) o outro grupo, mais amplo, simplesmente exclui o emprego das provas obtidas por meios ilícitos⁴⁷⁴.

William Santos Ferreira assevera que a proibição do emprego de provas ilícitas não é absoluta, notadamente naquelas hipóteses nas quais houver a necessidade de ponderação entre o princípio em análise e outros princípios constitucionais que possam ser negados pela aplicação incondicional daquele, pois não se deve inviabilizar esses outros direitos fundamentais que merecem proteção igual ou até mesmo maior do que o

⁴⁷² DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

⁴⁷³ 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos em lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

⁴⁷⁴ GRAZIOSI, Andrea. *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, n. 3, p. 693-726, settembre 2011.

princípio, dando como exemplo a dignidade da pessoa humana e o direito à tutela jurisdicional do Estado⁴⁷⁵.

Segundo o autor, a própria norma estabelece as hipóteses de exclusão da antijuridicidade – que afastam a ilicitude – de modo que seria perfeitamente possível mitigar episodicamente o princípio do emprego das provas ilícitas com base nessa perspectiva⁴⁷⁶. Além disso, sustenta o autor que a garantia do processo justo também seria fundamento suficiente para afastar o princípio em comento, notadamente porque processo ineficaz e inábil não encontra amparo constitucional⁴⁷⁷.

Ademais, Fredie Didier Júnior sustenta que existem duas exceções à proibição da prova ilícita por derivação, conforme previsto no art. 157 do CPP: 1ª) derivação mediata, ou seja, nos casos de inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e outros meios de provas independentes; 2ª) prova que seria obtida de toda forma, isto é, de descoberta inevitável⁴⁷⁸. De acordo com o autor, ainda existe a possibilidade da admissibilidade da chamada *prova ilícita negocial* que representa a possibilidade de as partes, valendo-se da permissão contida no art. 190 do CPC/2015, estabelecerem que determinado meio de prova não será admitido no processo, desde que não haja simulação ou fraude⁴⁷⁹.

A discussão chegou ao STF que no ano de 2008 em julgamento emblemático do HC n. 93.050/RJ, Relator: Min. Celso de Mello, estabeleceu os seguintes parâmetros a respeito do tema em análise: 1º) a legitimidade da ação persecutória do Estado depende do emprego de elementos probatórios obtidos lícitamente, sob pena de ofensa à garantia constitucional do devido processo legal, pois a inadmissibilidade das provas ilícitas é uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras; 2º) a

⁴⁷⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 98-99.

⁴⁷⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 102.

⁴⁷⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 105.

⁴⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 97.

⁴⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 98.

CF/88, por meio da norma revestida de conteúdo vedatório prevista no art. 5º, LVI, desautoriza qualquer prova cuja obtenção pelo Poder Público derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, motivo pelo qual se repelem quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material ou do direito processual; 3º) não se admite o emprego de provas ilícitas por derivação de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada; 4º) admite-se o emprego de novos elementos de informação obtidos legitimamente, a partir de uma fonte autônoma de prova e que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita com essa não mantendo vinculação causal⁴⁸⁰.

Entretanto, a jurisprudência do STF tem admitido como prova lícita o emprego de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento ou autorização do outro quando ausente, causa legal de sigilo ou de reserva da conversação⁴⁸¹ e nesse sentido encontra-se o entendimento do STJ⁴⁸², mas em ambos os casos os julgamentos foram realizados por maioria demonstrando que existem Ministros nesses tribunais superiores que não admitem como lícita tal prova.

Em Portugal encontramos precedente jurisprudencial semelhante no Tribunal da Relação de Coimbra, Ac. TRC de 10-07-2013, Relator: Jorge Dias, segundo o qual: 1º) quando a vítima seja interlocutora e destinatária da comunicação telefônica ou outra comunicação técnica equiparada,

⁴⁸⁰ STF - HC 93.050 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 30/11/2007, publicado em DJe-155 DIVULG 04/12/2007 PUBLIC 05/12/2007 DJ 05/12/2007 PP-00022 RDDT n. 149, 2007, p. 169-172.

⁴⁸¹ STF - AI 578.858 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 RTJ VOL-00211- PP-00561 RDDP n. 80, 2009, p. 150-151. RE 402.717, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515. AI 666.459 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00069 EMENT VOL-02301-22 PP-04497 RDDP n. 58, 2007, p. 169-171 RCJ v. 21, n. 138, 2007, p. 111. AI 503.617 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/02/2005, DJ 04-03-2005 PP-00030 EMENT VOL-02182-08 PP-01509 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 466-470 RTJ VOL-00195-01 PP-00363. RE 402.035 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2003, DJ 06-02-2004 PP-00050 EMENT VOL-02138-09 PP-01761. HC 75.338, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, TRIBUNAL PLENO, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069.

⁴⁸² STJ - RHC 12.266/SP, Relator: Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 298.

considera-se justificada a divulgação do teor da conversa telefónica pelo sistema de alta voz (a que é semelhante a mensagem sonora) quando essa precisa comunicação telefónica é o meio utilizado para cometer um crime de ameaças, ou injúrias e a vítima consinta, de modo expresse ou implícito, na sua divulgação a terceiros como forma de se proteger de tais ameaças e, com o tal não constitui prova proibida; 2º) o arguido ao enviar a mensagem sonora para o telemóvel da ofendida sabia e queria que esta a ouvisse, sabendo que era gravada, com essa mesma finalidade de ser ouvida pelo destinatário. Não se trata de qualquer intromissão ilícita nas telecomunicações que necessite de salvaguarda, porque não há sequer intromissão, não há violação à reserva constitucional da privacidade; 3º) mesmo não utilizando a gravação (mensagem de voz gravada), ou seja, em telefonema direto, o teor da conversa pode ser escutado por terceiros, ou porque estão perto do auscultador do telefone ou, o aparelho é colocado em alta voz.

Por outro lado, no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça português podemos encontrar as seguintes conclusões a respeito do tema:

1º) a proibição de prova em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afetação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito no art. 32º, n. 8, da Lei Fundamental e que o art. 126º do CPP manteve, sem alargar. Diferentemente, as regras de produção da prova – cf., v.g., o art. 341.º do CPP – visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafática através da proibição de valoração. As regras de produção da prova configuram «meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova, [...] mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor. Uma vez pré-ordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de

produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos⁴⁸³;

2º) nos termos do art. 126º do CPP, os métodos proibidos de prova são de duas categorias, consoante a disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos violados: os absolutamente proibidos, pelo uso de tortura, coação ou em geral ofensas à integridade física ou moral – n. 1 e 2 – que não podem em caso algum ser utilizados, mesmo com o consentimento dos ofendidos, e os relativamente proibidos – n. 3 – que respeitam o uso de meios de prova com intromissão na correspondência, na vida privada, domicílio ou telecomunicações, sem consentimento do respectivo titular. Os métodos absolutamente proibidos de prova, por se referirem a bens absolutamente indisponíveis, determinam que a prova seja fulminada de nulidade insanável, a qual está consagrada na expressão imperativa não podendo ser utilizadas, usada no art. 126º, n.1 do CPP⁴⁸⁴;

3º) há que distinguir as nulidades processuais de que tratam os arts. 118º e seguintes dos meios proibidos de prova, de que trata o art. 126º. A nulidade cominada pelo art. 126º, n. 3, do CPP não pode ser vista como nulidade dos atos processuais nem lhe cabe o regime processual dos arts. 118º e seguintes, pois o próprio art. 118º sublinha expressamente no seu n. 3 que as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova. A nulidade dos métodos proibidos importa sempre, quanto sua admissibilidade, a proibição de sua utilização e, quanto a seu valor, a irrelevância dos métodos proibidos porventura utilizados⁴⁸⁵;

4º) as provas produzidas pela intervenção do agente provocador são provas obtidas com o uso de um método proibido, já que são enganosas e, como tal, ofensivas da integridade moral das pessoas, mesmo que com consentimento delas (cfr. art. 126º, n. 1 e 2-a do CPP)⁴⁸⁶.

3.2.4 Princípio da aquisição e comunhão da prova

⁴⁸³ Ac. STJpt de 2-04-2008, Relator: Santos Cabral.

⁴⁸⁴ Ac. STJpt de 20-09-2006, Relator: Armindo Monteiro.

⁴⁸⁵ Ac. STJpt de 15-11-2007, Relator: Santos Carvalho.

⁴⁸⁶ Ac. STJpt de 5-07-2012, Relator: Santos Carvalho.

Conforme já consignado acima, o destino da prova é o processo e seu destinatário é o magistrado a quem compete a sua análise e valoração para subsidiá-lo na tarefa de proferir uma decisão.

Dessa forma, podemos afirmar que as provas produzidas no processo não possuem titulares de modo que o acervo probatório deve ser considerado como um todo unitário. Essa tese se justifica em face do caráter público da relação jurídica processual e que estabelece a existência de interesse público mediato que se encontra acima dos interesses das partes litigantes. Também se fundamenta nos princípios da isonomia entre as partes e do contraditório porque não seria admissível que um fato pudesse ser considerado verdadeiro somente para a parte que produziu a prova.

Explicando o significado do princípio da aquisição e comunhão da prova, William Santos Ferreira assevera que designa a apreciação da prova produzida, independentemente de quem tenham sido o responsável por sua obtenção, podendo inclusive prejudicar a parte que a tenha produzido⁴⁸⁷.

Daniel Amorim Assumpção Neves defende que o princípio da aquisição e comunhão da prova estabelece que uma vez produzida a prova, ela passa a pertencer ao processo, não importando o responsável pelo requerimento, isto é, não se pode admitir a existência de identidade subjetiva da prova⁴⁸⁸.

Significa, então, que uma vez introduzida no processo, a prova encontra-se apta a gerar efeitos para todos os sujeitos do processo, indistintamente, inclusive para quem não possuir qualquer relação com a produção da prova o que caracteriza a eficácia da prova ou aptidão para gerar efeitos no caso concreto⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 129.

⁴⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 111-130.

⁴⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 114.

Em assim sendo, estando provado o fato, pelo princípio da comunhão e aquisição da prova, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu⁴⁹⁰.

Em consequência, esse princípio implica a impossibilidade de a parte que produziu a prova venha posteriormente desistir dessa prova impedindo que o juiz a utilize em seu convencimento⁴⁹¹.

Em resumo, podemos afirmar que o princípio estabelece a impossibilidade de renúncia ou de desistência da prova requerida⁴⁹².

Entretanto, podemos afirmar que também significa a possibilidade de reconhecimento da preclusão judicial, isto é, uma vez deferida a produção da prova pelo juiz, não seria admissível proferir decisão posterior retratando-se desse deferimento porque ele ensejaria o direito adquirido da parte à prova, salvo se houvesse requerimento de qualquer parte e concordância da parte contrária⁴⁹³. A esse respeito encontramos precedentes jurisprudenciais nos tribunais brasileiros⁴⁹⁴.

Outra consequência prática desse princípio refere-se à validade da produção de determinada prova quando houver a reunião de diversos processos, isto é, a prova produzida em qualquer deles valerá em todos os

⁴⁹⁰ STJ - AgRg no REsp 1.052.612/PB, Relator: Min. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 28/10/2013.

⁴⁹¹ DE SANTO, Victor. *La prueba judicial teoria y práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 16.

⁴⁹² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía – Editor, 1974, p. 35.

⁴⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 116-118.

⁴⁹⁴ Princípio da aquisição processual. Impossibilidade de indeferimento de prova antes deferida. Motivo alegado (falta de apresentação de quesitos) que não era preclusivo, maxime diante da inversão na ordem, pela não nomeação prévia do perito - recurso provido. 1. A falta de apresentação de quesitos no prazo marcado, que não é preclusivo, não pode fundamentar o indeferimento da prova pericial, maxime se o juízo ainda não nomeou o perito. 2. O indeferimento da prova pericial antes deferida ofende o princípio da aquisição processual da prova. Legislação: CPC – art. 421, § 1, II. CPC – art. 426, II. Doutrina: Santos, Moacyr Amaral - Comentários, 1997, Ed. Forense, vol. IV, p. 345. Ferreira Filho, Manoel Caetano - A preclusão no direito processual civil, 1991, Ed. Jurua, p. 92-90. Negrão, Theotonio - CPC, 28 ed., p. 328. Jurisprudência: TAPR - 7 CC, AC 4652. (TJ-PR - AI: 1144614 PR Agravo de Instrumento - 0114461-4, Relator: NOEVAL DE QUADROS, Data de Julgamento: 11/03/1998, QUINTA CÂMARA CÍVEL).

outros, pois não se pode admitir que o juiz valore de maneira diversa o mesmo fato comum a diversos processos⁴⁹⁵.

Pelo exposto até o momento, podemos concluir que a prova tem como objeto o processo pelo que se pode falar em aquisição – o acervo probatório deve ser considerado como um todo unitário – e que os sujeitos processuais não detêm disposição plena dessa prova – não existem titulares das provas – de forma que se pode falar em comunhão da prova, motivo pelo qual a melhor designação para esse princípio é da aquisição e comunhão da prova, pois se trata de expressões complementares e não sinônimas⁴⁹⁶.

No Brasil, os códigos de processo não contemplaram expressamente princípio da aquisição e comunhão da prova, diferente de Portugal que previu claramente a existência do princípio da aquisição no art. 413º do CPCpt, reproduzindo a redação do art. 515º do CPCpt anterior⁴⁹⁷.

Segundo José Lebre de Freitas, significa que no momento da decisão, é irrelevante que a proposição do meio de prova tenha partido de uma parte ou de outra, ou ainda que a produção do meio de prova tenha resultado de iniciativa oficiosa, pois uma vez produzida a prova ela deverá ser considerada na decisão, o que implica na impossibilidade de a parte retirá-la do processo⁴⁹⁸.

3.3 MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO E DIREITO PROBATÓRIO

3.3.1 Noções preliminares

⁴⁹⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 35.*

⁴⁹⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 130-131.

⁴⁹⁷ 413º. O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado.

⁴⁹⁸ FREITAS, José Lebre; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado, vol. 2º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 431-432.

A doutrina, ao se empenhar na análise dos modelos processuais empregados nas civilizações ocidentais, de um modo geral tem dirigido os seus esforços na defesa do chamado “modelo cooperativo de processo” em contraposição aos modelos: adversarial e inquisitorial.

Essa tendência se justifica, precipuamente, porque diversas legislações processuais civis desses países – inclusive do Brasil e de Portugal – têm consagrado o princípio da cooperação como um dos pilares principiológicos de seus sistemas. É aceitável afirmar então que nos últimos anos tem ocorrido uma reavaliação da denominada “divisão de trabalho” entre os sujeitos processuais – e a consequente revisão do papel de cada um dentro do procedimento – que culminou com as reformas das legislações processuais como vetor na tentativa de superação do ativismo judicial.

A compreensão do modelo processual cooperativo nesse contexto, passa primeiramente pela síntese dos modelos adversarial e inquisitorial.

Infere-se que de acordo com o modelo adversarial, as partes assumem claramente a posição de adversárias, em nítida competição ou disputa que se desenvolve perante a figura passiva e imparcial do magistrado a quem compete principalmente o encargo de decidir o caso⁴⁹⁹. Em consequência, podemos afirmar que deve ser assegurada a igualdade formal ou jurídica entre os litigantes, o que impede o juiz de tomar partido diretamente no desenvolvimento da relação jurídica processual auxiliando ou assistindo a parte, ainda que hipossuficiente⁵⁰⁰.

Significa, então, que a participação do magistrado é secundária porque existe a predominância da atividade das partes na condução do procedimento o que, por si só, já indica a insuficiência desse modelo para assegurar o devido processo legal (processo justo) uma vez que a superioridade econômica ou técnica de uma das partes pode ser fator determinante na resolução do conflito. Isso ocorre dada a inércia, neutralidade e passividade do juiz, ou seja, cuida-se de modelo incapaz de

⁴⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 121.

⁵⁰⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 72.

diminuir ou exterminar as discrepâncias substanciais existentes entre as partes. Por essa razão a doutrina tem vinculado o princípio dispositivo ao modelo adversarial porque atribui às partes as tarefas principais relacionadas à condução e à instrução do processo⁵⁰¹.

No modelo não adversarial ou inquisitorial, por outro lado, o grande protagonista do processo é o juiz que concentra em suas mãos o poder necessário para o desenvolvimento do procedimento com participação efetiva, independentemente da vontade das partes. Não significa que, por si só, o modelo inquisitorial esteja sempre vinculado a regimes autoritários porque não existe relação direta entre o aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos⁵⁰². Nesse modelo inquisitorial o juiz possui maiores poderes e ampla iniciativa, especialmente na questão probatória, isto é, possui protagonismo tanto na condução material como na condução formal do procedimento. Resulta então, na ideia de que decisão justa é aquela fundada na verdade dos fatos a qual somente será obtida através da adequada dilação probatória motivo pelo qual a iniciativa probatória deixa de ser assunto restrito às partes e passa a interessar ao magistrado o que implica na exigência de efetiva participação do juiz no processo⁵⁰³.

Entretanto, esse modelo também não se mostrou suficiente, por si só, para viabilizar a decisão justa decorrente do atendimento do devido processo legal, pois entregar o protagonismo da relação jurídica processual exclusivamente ao juiz em certa medida acabou por possibilitar, em alguns casos, a violação ao princípio do contraditório, notadamente num ambiente em que decisões-surpresa poderiam ser proferidas.

Nesse ambiente de discussão, entre qual modelo processual seria o mais adequado para viabilizar o respeito ao devido processo legal desenvolveu-se o modelo cooperativo de organização do processo, incluído nas legislações processuais de diversos países, inclusive do Brasil e de

⁵⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 121.

⁵⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 124.

⁵⁰³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.p. 134.

Portugal. A principal característica do modelo cooperativo – que opera no processo por meio do princípio da cooperação⁵⁰⁴ – encontra-se no redimensionamento do princípio do contraditório, pois ocorre a inclusão do juiz no rol dos sujeitos do diálogo processual e não como espectador ou como único condutor do procedimento⁵⁰⁵. Significa que a cooperação ou comparticipação fundamenta-se no contraditório como garantia de influência e não surpresa o qual passa a ser entendido como “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”⁵⁰⁶. Nesse sentido, ocorre uma alteração substancial na chamada “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) existente na relação jurídica processual e que passa a admitir a participação de todos os sujeitos processuais na construção dos pronunciamentos judiciais: às partes incumbiria a iniciativa de instauração do processo e a delimitação do seu objeto litigioso ao passo que o juiz seria responsável pela condução formal e material do processo – incluindo a iniciativa probatória – e o poder decisório⁵⁰⁷.

O modelo da colaboração, nesse contexto, liga-se diretamente à organização do procedimento, equilibrando as posições jurídicas dos sujeitos processuais⁵⁰⁸. Dessa forma, o magistrado passa a ocupar a posição de agente-colaborador na relação processual o que enseja a sua inclusão no contraditório e implica na adoção de uma postura de diálogo com os demais sujeitos processuais, razão pela qual se fala em atividade cooperativa que privilegia o diálogo e o equilíbrio⁵⁰⁹. Em outras palavras, o modelo cooperativo procura estabelecer uma nova dimensão ao papel do juiz na

⁵⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 101.

⁵⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 124.

⁵⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 92-93.

⁵⁰⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 179.

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

⁵⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de processo, n. 127, ano 30, p. 75-79, setembro de 2005.

condução do processo, sujeito que desempenha duplo papel na relação jurídica processual: de um lado, é paritário no diálogo (juiz isonômico) e, por outro lado, é assimétrico na decisão, ou seja, o juiz impõe o seu comando cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes⁵¹⁰.

3.3.2 O princípio da cooperação nos sistemas processuais brasileiro e português

3.3.2.1 A experiência brasileira

O CPC/1973 não contemplou expressamente o princípio da cooperação, mas a doutrina indica alguns dispositivos dos quais se pode extrair a sua existência, como os arts. 284; 295, V; 599, II; 515, §4º; 330; 17; 18; 342; 440; 535, I; 355; 360; 655-A; 14, I e II; 340, I⁵¹¹.

Diferentemente, o CPC/2015 dedicou o seu primeiro livro às normas processuais civis e previu claramente um capítulo dedicado às normas processuais fundamentais do processo civil dentre as quais recebeu atenção muito especial o princípio da cooperação. Segundo o art. 6º do CPC/2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Ademais, o dever de colaboração ainda encontra-se encampado em diversos outros dispositivos do CPC/2015 ao longo de toda a sua estruturação (arts. 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 139, VIII e IX, 191, 317, 319, §1º, 321, 357, §3º, 487, parágrafo único, 488, 489, §§ 1º e 2º, 772, III, 926, §1º, 932, parágrafo único, 1.007, §§ 2º, 4º e 7º, e 1.017, §3º)⁵¹².

No Brasil, a jurisprudência não se mostra vasta sobre esse tema, mas é possível encontrarmos alguns precedentes que corroboram a existência do princípio da cooperação, mesmo sob a vigência do CPC/1973.

⁵¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 101.

⁵¹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 223-228.

⁵¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100. p. 102.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por exemplo, já cassou sentença proferida por magistrado que não designou audiência para produção de prova oral entendendo ter ocorrido a violação do princípio da cooperação e caracterizado o cerceamento de defesa⁵¹³.

Em outro exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas cassou sentença proferida por juiz de primeiro grau por entender ter havido violação do princípio da cooperação em virtude do julgamento antecipado da lide sem prévio aviso às partes litigantes, configurando erro de procedimento em face da prolação de decisão surpresa⁵¹⁴. No Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça cassou sentença proferida por magistrado que julgou improcedente o pedido formulado pelo autor por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, por considerar violado o princípio da cooperação dada a necessidade de produção de provas⁵¹⁵.

3.3.2.2 A experiência portuguesa

No direito português, no CPCpt revogado (DL 44.129/61), depois da reforma operada pelo Decreto-lei n. 180/96, já era possível encontrar expresso o princípio da cooperação no art. 266^o⁵¹⁶, mas havia outros dispositivos legais que também se referiam a esse princípio, como, por exemplo, os arts. 155/1º, 228º/3; 508º; 519º/1; 833/5.

⁵¹³ TJ-DF - RI: 07071643320158070016, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 18/12/2015, SEGUNDA TURMA RECURSAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/01/2016. P.: Sem Página Cadastrada.

⁵¹⁴ TJ-AM - APL: 07195088020128040001 AM 0719508-80.2012.8.04.0001, Relatora: MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO GUEDES MOURA, Data de Julgamento: 22/02/2016, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/03/2016.

⁵¹⁵ TJ-MG - AC: 10498140008216001 MG, Relator: ALBERTO DINIZ JUNIOR, Data de Julgamento: 25/09/2014, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/10/2014).

⁵¹⁶ 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Destaque para a doutrina portuguesa que ao comentar o art. 266º já enunciava que se tratava de princípio orientador do direito processual civil e implicava em deveres recíprocos das partes entre si, entre as partes e o tribunal e do tribunal para com as partes objetivando a justa composição do litígio com brevidade e eficácia⁵¹⁷.

Com a vigência do novo CPCpt o princípio da cooperação restou consagrado expressamente no art. 7º/1⁵¹⁸, mas é possível encontrar a sua manifestação em outros dispositivos do código como, por exemplo, nos arts. 3º/3; 6º/2; 8º; 417º/1.

A jurisprudência portuguesa, por sua vez, à época do CPCpt revogado, não reconhecia expressamente o princípio da cooperação⁵¹⁹, mas se valia de sua redação aberta para aplicá-lo a diversas situações⁵²⁰. Depois da vigência do CPCpt em 1 de setembro de 2013, a jurisprudência avançou na análise do princípio da cooperação⁵²¹.

3.3.2.3 Deveres cooperativos

O modelo cooperativo, estruturado em torno do princípio da cooperação, impõe deveres às partes e ao juiz no curso da relação jurídica

⁵¹⁷ FREITAS, José Lebre; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 514.

⁵¹⁸ 1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

⁵¹⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 179.

⁵²⁰ Destacam-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal de Justiça português citados por Lorena Miranda Santos: Recurso de Revista n. 09A197, Relator: Conselheiro Fonseca Ramos, julgado em 31/03/2009; Recurso de Revista n. 08S149, Relator: Conselheiro Sousa Peixoto, julgado em 17/04/2008; Recurso n. 06S3210, Relator: Conselheiro Pinto Hespagnol, julgado em 01/03/2007; Recurso de Revista n. 07B3011, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 09/10/2008; Recurso de Revista n. 08P481, Relator: Conselheiro Serra Baptista, julgado em 17/04/2008; Reclamação n. 08A660, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 06/05/2008; Recurso de Revista n. 07A562, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 22/03/2007.

⁵²¹ Recurso de Revista n. 845/13, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 17/12/2015; Uniformização de Jurisprudência n. 1520/2004, Relator: Conselheiro Pinto de Almeida, julgado em 14/05/2015; Uniformização de Jurisprudência n. 314/2000, Relatora: Conselheira Ana Paula Boularot, julgado em 21/10/2014.

processual. Já os deveres cooperativos das partes podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção⁵²².

O dever de esclarecimento significa que as partes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia. O dever de lealdade impõe às partes a obrigação de conservar a lealdade processual de modo a evitar a litigância de má-fé (arts. 79 a 80 CPC/2015) bem como observar o princípio da boa-fé processual. O dever de proteção indica que a parte não pode causar danos ao adversário.

Para o juiz, segundo a doutrina, o princípio da cooperação gera os seguintes deveres: dever de esclarecimento; dever de consulta; dever de prevenção; dever de auxílio; dever de diálogo⁵²³.

O dever de esclarecimento – para alguns autores representa o verdadeiro poder do juiz⁵²⁴ – significa que o tribunal deve obter junto às partes os esclarecimentos necessários para sanar eventuais dúvidas sobre as suas alegações com o objetivo de evitar decisões baseadas em percepções equivocadas ou apressadas. Significa que o juiz pode, em qualquer fase do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, com o intuito de obter os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes, dando conhecimento à outra parte dos resultados dessa diligência⁵²⁵. Implica ainda o dever de emitir os pronunciamentos judiciais de maneira clara para as partes.

Ademais, o dever de consulta, também de caráter assistencial e expresso no art. 10 do CPC/2015⁵²⁶ e art. 3º, 3, do CPCpt⁵²⁷, consiste na

⁵²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.p. 127.

⁵²³ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 372-381.

⁵²⁴ FREITAS, José Lebre; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado, vol. 1º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 514.

⁵²⁵ SOUZA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

⁵²⁶ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁵²⁷ 3 — O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões

vedação ao órgão jurisdicional de proferir decisão com base em questão de fato ou de direito sem que sobre elas sejam as partes intimadas previamente e objetiva, em última análise, evitar a decisão-surpresa⁵²⁸.

Quanto ao dever de prevenção, de cunho eminentemente assistencial e concretizado em dispositivos do CPC/2015⁵²⁹ e do CPCpt⁵³⁰, o magistrado deve apontar as deficiências das postulações das partes evitando-se o uso inadequado do processo, ou seja, busca-se a sua incidência em todas as situações em que o êxito da ação possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo de modo que atua em quatro áreas fundamentais: 1ª) explicitação de pedidos pouco claros; 2ª) caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes; 3ª) necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta; 4ª) sugestão de certa atuação pela parte⁵³¹.

O dever de auxílio significa que o tribunal tem a obrigação de auxiliar as partes na eliminação das dificuldades ao exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais⁵³².

Por fim, o dever de diálogo significa a exigência de o magistrado consultar as partes antes de decidir qualquer questão, possibilitando assim que essas manifestações o influenciem a respeito da decisão a ser proferida no processo⁵³³.

3.3.3 Manifestações do dever de cooperação na instrução processual

O dever de cooperação em sede probatória decorre do direito à prova, consagrado nas Constituições do Brasil e de Portugal, na medida em que um legítimo direito à prova somente pode ser obtido a partir do

de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

⁵²⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

⁵²⁹ Arts. 76, *caput*; 321; 932, parágrafo único; 1.017, §3º; 1.029, §3º.

⁵³⁰ Arts. 590º, 2, “a”; 590º, 3; 590º, 4; 591º, 1, “c”.

⁵³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 130.

⁵³² SOUZA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

⁵³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

estabelecimento do dever de colaboração em matéria de prova, imposto às partes do processo⁵³⁴.

Esse dever de cooperação inicia-se, para as partes, desde o ajuizamento da demanda, pois é seu dever expor os fatos conforme a verdade⁵³⁵, mas se intensifica à medida que se desenvolve o procedimento.

Percebe-se claramente, portanto, o vínculo estreito que se forma entre o dever de cooperação e o conteúdo ético do processo que exige dos sujeitos processuais a adoção de conduta processual adequada e consentânea com o processo.

Nesse contexto, o CPC/1973 estabelecia em seu art. 339⁵³⁶ um dever geral de colaboração com o Poder Judiciário que deveria ser observado tanto pelas partes quanto pelos terceiros e que a doutrina denominava de “dever geral de cidadania”⁵³⁷.

Esse dever foi contemplado no art. 378 do CPC/2015 com a mesma redação do código revogado e possui um duplo significado: de um lado, o dever de as partes e de terceiros colocarem-se à disposição do juiz para viabilizarem a produção da prova; por outro lado, não impedirem que cheguem ao juiz os dados relevantes para o julgamento da causa⁵³⁸.

No art. 340, o CPC/1973 previa os deveres das partes que se ligavam diretamente à produção da prova⁵³⁹ e apesar de o CPC/2015 haver modificado a redação do dispositivo, acrescentando o direito de a parte não

⁵³⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)*. São Paulo: Editora LTr, 2007, p. 39.

⁵³⁵ Arts. 14, I, III; 17, II, do CPC/1973; arts. 77, I, II; 80, II, do CPC/2015; art. 542º, 2, “b”, CPCpt.

⁵³⁶ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁵³⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)*. São Paulo: Editora LTr, 2007, p. 55.

⁵³⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)*. São Paulo: Editora LTr, 2007, p. 55.

⁵³⁹ Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.

ser obrigada a produzir prova contra si, manteve a essência do dispositivo em relação a seu dever de colaboração na dilação probatória⁵⁴⁰.

Além disso, havia previsão no CPC/1973 de colaboração das partes e dos terceiros, em relação à exibição de documento ou coisa⁵⁴¹, norma que foi reproduzida no CPC/2015⁵⁴².

Por outro lado, porém, o dever de colaboração na instrução probatória a nosso ver também se dirige ao magistrado e já se manifestava à época do CPC/1973 porque o código previa expressamente a possibilidade de o magistrado, de ofício: ordenar a produção de provas necessárias ao processo (art. 130); determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342); ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas (art. 382); ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas ou a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações (art. 418); determinar a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida. (art. 437); e em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa. (art. 440).

No CPC/2015 essas regras foram reproduzidas, respectivamente, nos arts. 370, parágrafo único; 139, VIII; 421; 461; 480.

Essas manifestações do magistrado escoram-se nos deveres de prevenção e de auxílio já analisados acima porque esses dispositivos auxiliam o magistrado na construção do acervo probatório com o fim de evitar-se o *non liquet*.

Em Portugal, o dever de cooperação em matéria probatória encontra-se expressamente previsto no art. 417º/1 do CPCpt⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.

⁵⁴¹ Arts. 355 e 360 do CPC/1973.

⁵⁴² Arts. 396 e 401 do CPC/2015.

De início, implica reconhecer, assim como ocorre no Brasil, que as partes, desde o ajuizamento da demanda, devem agir pautadas pela boa-fé de modo que, de um lado, não devem formular pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não deviam ignorar, nem alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos relevantes para a decisão da causa – que pode caracterizar má-fé processual substancial e violação do dever de verdade; por outro lado, não devem se omitir no cumprimento do dever de cooperação ou houver feito no processo um uso manifestamente reprovável objetivando alcançar um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão – que pode configurar má-fé processual instrumental⁵⁴⁴.

Essas, aliás, são as previsões contidas no art. 542º do CPCpt, sendo que as hipóteses de má-fé substancial encontram-se disciplinadas no n.º 2, “a” e “b”⁵⁴⁵, ao passo que a má-fé instrumental está descrita no n.º 2, “c” e “d”⁵⁴⁶.

Além disso, o dever de cooperação descrito no art. 417º/1, não depende da repartição do ônus da prova de modo que vincula a parte mesmo que não esteja onerada com a prova⁵⁴⁷.

3.3.4 Consequências da inobservância do dever de cooperação

Analizadas as manifestações do dever de cooperação na instrução processual, resta tecer alguns comentários em relação ao descumprimento

⁵⁴³ 1 – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

⁵⁴⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003.p. 63.

⁵⁴⁵ 2 — Diz -se litigante de má -fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;

⁵⁴⁶ 2 — Diz -se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

⁵⁴⁷ SOUZA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 64.

injustificado desses preceitos e quais são suas consequências para as partes, para o juiz e para o processo.

Em resumo, o princípio da cooperação encontra-se expressamente descrito no art. 6º do CPC/2015 e art. 7º do CPCpt e estabelece o dever de cooperação entre os sujeitos processuais. No caso brasileiro, contudo, o legislador não previu expressamente quais seriam as sanções para o caso de incumprimento⁵⁴⁸ de forma que cabe à doutrina estabelecer os parâmetros para viabilizar as consequências para a inobservância.

No Brasil, o incumprimento do dever de cooperação pela parte gera importantes consequências, primeiro por autorizar o juiz a exigir que se cumpram essas disposições no curso do processo, inclusive e for o caso coercitivamente. Segundo, por estabelecer a possibilidade de condenação da parte como litigante de má-fé em caso de incumprimento, pois o CPC/1973 estabelecia claramente o dever das partes de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (art. 14, V) e reputava de má-fé aquele que opusesse resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, IV), normas que foram reproduzidas no CPC/2015 (arts. 77, IV; 80, IV).

Fredie Didier Júnior, nesse passo, sustenta que o princípio da cooperação atua diretamente de forma que imputa aos sujeitos do processo deveres os quais uma vez inobservados caracterizam conduta ilícita⁵⁴⁹.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também compartilham desse posicionamento ao sustentar que o incumprimento do dever de cooperação pode ensejar a prática de litigância de má-fé da parte recalcitrante, conforme previsão contida no art. 80, inciso II, do CPC/2015 e sujeitar o infrator ao pagamento de multa, indenização pelos prejuízos causados, honorários advocatícios e despesas processuais, nos termos do art. 81 do CPC/2015⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 127.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

Terceiro, por no caso da parte se recusar a depor, injustificadamente, pode conduzir à aplicação da pena de confissão (arts. 343 e 345 do CPC/1973 e arts. 385 e 386 do CPC/2015).

Quarto, por poder ensejar a possibilidade de se admitirem como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar quando não houver a exibição, injustificadamente, ou a manifestação tempestiva sobre a impossibilidade de exibi-lo ou em caso de a recusa haver sido considerada ilegítima (arts. 358; 359 do CPC/1973 e arts. 399; 400 do CPC/2015).

Quinto, em relação ao terceiro, por possibilitar a expedição de mandado de apreensão em caso de ser considerada ilegítima a recusa de exibir a coisa (art. 362 do CPC/1973; art. 403, parágrafo único, do CPC/2015).

Para o caso do juiz brasileiro não respeitar o dever de cooperação impõe-se uma distinção. De um lado, se não agiu com dolo ou fraude (ato comissivo) ou não recusou, omitiu ou retardou, sem justo motivo, providência que devia ordenar de ofício ou a requerimento da parte (ato omissivo), não se pode falar em qualquer tipo de sanção ao magistrado (civil, penal ou administrativa), restando à parte que se sentir prejudicada pleitear por meio do recurso cabível a correção de eventual decisão que tenha sido proferida ao arrepio do preceito.

Assim deve ocorrer porque se trataria de mero *error in procedendo* sem implicações, portanto, no campo civil, penal ou administrativo. Além disso, a matéria precisa ser analisada à luz da soberania do Estado, da independência funcional e da imparcialidade do juiz com o fim de evitar a subordinação do juiz a poderes políticos ou a ações abusivas e intimidatórias das partes de modo que não se poderia falar em qualquer tipo de sanção sem violação desses preceitos importantes.

Em assim sendo, nesse passo, sustentamos que não se pode falar em erro judiciário que ensejaria a responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88 sem se falar, concomitantemente, em violação da independência funcional do juiz. A jurisprudência dominante no

âmbito do e. STF confirma essa alegação notadamente porque em regra refuta a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais⁵⁵¹.

Por outro lado, porém, caso se demonstre cabalmente que o juiz agiu com dolo ou fraude ou recusou, omitiu ou retardou, sem justo motivo, providência que devia ordenar de ofício ou a requerimento da parte então a consequência encontra-se devidamente descrita no art. 133 do CPC/1973 (art. 143 do CPC2015) de modo que o magistrado deve responder civilmente em regresso por perdas e danos sem prejuízo da sanção disciplinar cabível pelo desrespeito aos seus deveres funcionais (art. 129 da LOMAN). Significa que a responsabilidade civil recairá sobre o Estado e o juiz responderá somente em regresso, conforme determina o art. 37, §6º, da CF/88. Por último, também em regra não há que se falar em responsabilidade penal do juiz.

A questão que se coloca neste instante diz respeito aos efeitos da inobservância do dever de cooperação no processo. Seria possível sustentar a nulidade do processo constatado o desrespeito do preceito pelo juiz?

De início, conforme consignado acima, normalmente o incumprimento do dever de cooperação pelo juiz deve implicar somente na possibilidade de interposição do recurso cabível pela parte que se sentir lesada e devolver ao tribunal a análise da matéria uma vez que, em regra, o juiz não costuma reformar de ofício a sua decisão até mesmo porque fundada no seu livre convencimento motivado.

Nesse contexto, a jurisprudência farta no Brasil tem indicado com maior vigor a sua intolerância ao incumprimento do dever de cooperação pelo juiz quando proclama o julgamento antecipado da lide, dispensando a produção de outras provas, mas julga improcedente o pedido por ausência de provas. Essa nos parece uma daquelas situações em que se trata de clara violação ao dever de prevenção e de auxílio por parte do magistrado e consequente violação do dever de cooperação.

Alguns tribunais não têm admitido essa conduta por parte dos juízes brasileiros de modo que encontramos diversos acórdãos declarando a

⁵⁵¹ STF - RE n. 219.117-4-PR, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 03/08/1999; Ag. Reg. no RE 429.518-1-SC, Relator: CARLOS VELLOSO, julgado em 05/10/2004; ED no RE 553.637-8, Relator: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 04/08/2009.

nulidade do processo, cassando a sentença e determinando o retorno do feito à instância de origem para que seja produzida a prova necessária ao desate da lide⁵⁵².

A questão é tormentosa, mas parece-nos que a solução deve ser encontrada a partir da demonstração do efetivo prejuízo pela parte o que se amoldaria aos termos do art. 250, parágrafo único, do CPC/1973 que estabelece o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa. A esse propósito estabeleceu expressamente o art. 283 do CPC/2015 que “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais” e seu parágrafo único estipulou o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Portanto, sustentamos que a inobservância do dever de cooperação pelo juiz nessa hipótese descrita nem sempre deve acarretar a declaração de nulidade do processo, mas cabe ao tribunal rever caso a caso e declarar a nulidade somente se efetivamente demonstrado o prejuízo pela parte recorrente, prejuízo esse que não deve ser reputado presumido, mas efetivamente indicado e demonstrado.

Diferente, por exemplo, é a hipótese na qual o juiz indefere a petição inicial sem oportunizar à parte que seja emendada ou completada, o que implica em violação ao dever de cooperação. Nesse caso, a jurisprudência dominante no Brasil dirige-se no sentido de haver prejuízo presumido e nulidade processual e determinando o retorno do processo à instância inferior para que seja oportunizada à parte que sane o vício.

No direito português, o descumprimento injustificado dos deveres de verdade e de cooperação pode ensejar a imposição de multa à parte que tenha litigado de má-fé e de uma indenização à parte contrária, se esta a

⁵⁵² STJ - AgRg no REsp 1.149.914/MT, Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 26/10/2012. REsp 1.095.479/RJ, Relator: Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010. TJ-SP - APL: 00065691420008260197 SP 0006569-14.2000.8.26.0197, Relator: CARLOS ALBERTO DE SALLES, Data de Julgamento: 11/02/2014, 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 13/02/2014.

pedir, fixadas pelo magistrado, conforme previsão contida no art. 542º/1, do CPCpt.

Essa é a posição de Miguel Teixeira de Sousa, para quem a violação do dever de cooperação, quando grave e desde que precedida de dolo ou negligência grave da parte, constitui uma das situações previstas na lei como má-fé processual (arts. 456º/2, letra “c” do CPCpt antigo e art. 542º/2, letra “c” do CPCpt) o que implica a possibilidade de aplicação de multa e indenização à parte contrária se esta a pedir⁵⁵³.

Entretanto, o legislador português também previu sanções às partes no art. 417º/2 do CPCpt ao estabelecer a possibilidade de aplicação de multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis sendo que o tribunal poderá apreciar livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova, isto é, existe a possibilidade de o incumprimento ocasionar a confissão ficta da parte⁵⁵⁴.

Quanto ao tribunal, a omissão na observância do princípio da cooperação possui dupla valoração, conforme lição de Miguel Teixeira de Sousa: de um lado, se o dever de cooperação assentar-se numa previsão “fechada”, que não deixa ao tribunal qualquer margem de apreciação quanto a sua verificação, a sua inobservância pelo tribunal ensejará a nulidade do processo caso influencie no exame ou decisão da causa (art. 201º/1 do CPCpt antigo e art. 195º/1 do CPCpt); por outro lado, sendo a previsão “aberta, a determinação da situação que o impõe recai sobre a discricionariedade do tribunal de modo que não há que se falar em nulidade processual⁵⁵⁵.

No caso do terceiro que se recusa a cooperar a sua conduta poderá ensejar a aplicação de multa conforme previsão do art. 519º/2 do CPCpt anterior e art. 417º/2 do CPCpt, mas José Alberto dos Reis sustenta que seria possível o emprego de meios coercitivos para compelir o terceiro à

⁵⁵³ SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, p. 68.

⁵⁵⁴ CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório*, vol. III. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 301.

⁵⁵⁵ SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, p. 68.

observância do princípio da cooperação, notadamente a busca e apreensão das provas e os processos crimes por desobediência⁵⁵⁶.

3.3.5 Reflexões sobre o modelo processual cooperativo brasileiro

O modelo cooperativo surgiu como complemento aos modelos adversarial e inquisitorial – tanto é verdade que nem mesmo a doutrina que defende esse novo modelo é capaz de afirmar que houve a completa superação dos modelos adversarial e inquisitorial – e tem sido considerado por grande parte da doutrina brasileira como a tábua da salvação para viabilizar principalmente a duração razoável do processo.

As reflexões que se seguem referem-se somente ao sistema brasileiro, pois no sistema português o princípio da cooperação, a nosso ver, encontra-se consagrado desde a reforma de 1996, portanto, naquele país a doutrina e a jurisprudência já se encontram evoluídas no entendimento quanto à aplicabilidade desse princípio, diferente do Brasil que introduziu expressamente o princípio da cooperação somente a partir do CPC/2015.

De plano, é preciso refutar essa ideia de que o modelo cooperativo, fundado precipuamente no princípio da cooperação, seja a melhor solução para essa questão da morosidade do processo no Brasil porque não se pode falar em um modelo puro ou único na medida em que a depender da escolha do legislador haverá a adoção do princípio dispositivo – e, portanto, será prestigiado o modelo adversarial –, ou a opção será pelo princípio inquisitivo – com o emprego do modelo inquisitorial –, ou, ainda, a escolha será dirigida ao modelo cooperativo o qual certamente, atualmente, tem prevalecido sobre os demais sem, porém, excluí-los.

Essa tese se fundamenta nas legislações processuais civis do Brasil e de Portugal que previram expressamente os princípios dispositivo e inquisitivo. No Brasil, por exemplo, no art. 262 do CPC/1973 (art. 2º do CPC/2015) e em Portugal no art. 411º do CPCpt.

⁵⁵⁶ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado, volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 325.

Melhor seria, então, falar-se em um modelo misto de organização do processo com predomínio do modelo cooperativo sobre os demais, a partir da vigência do CPC/2015, mas com a harmonização necessária para a coexistência desses modelos o que fica a cargo da doutrina e da jurisprudência através da adoção de regras de hermenêutica.

Por outro lado, ao contrário do que se imagina, não se pode menosprezar a possibilidade real de aumento do tempo de duração do processo a partir da adoção expressa desse modelo cooperativo, notadamente quando um de seus objetivos primordiais é evitar as decisões-surpresa de modo que certamente ensejará a crescente participação das partes no procedimento, o que num primeiro momento vai impactar profundamente o atendimento do princípio da razoável duração do processo que também integra a noção de devido processo legal justo.

Ainda, a ideia de solidariedade no processo, capitaneada pela noção de socialismo processual, é utopia porque a relação processual que se estabelece entre autor e réu é eminentemente litigiosa de forma que não se pode exigir desses sujeitos processuais, que rapidamente atuem em cooperação uns com os outros, sendo necessário o diálogo e esclarecimento por parte do magistrado o que também parece-nos vai impactar negativamente a duração do processo.

A par dessas observações, já existe hoje no Brasil doutrina encaminhando algumas críticas ao princípio da cooperação. Lênio Luiz Streck, em texto produzido juntamente com Lúcio Delfino, Rafael Giogio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes, por exemplo, considera inconstitucional o princípio da cooperação incluído no CPC/2015. Segundo os autores, a maneira como foi introduzido o princípio da cooperação no ordenamento jurídico brasileiro aponta para uma visão idealista que descamba para o protagonismo judicial, favorecendo para que o juiz atue solapando ou relativizando a ampla defesa das partes bem como implica em violação ao direito constitucional de acesso à jurisdição porque atribui ao juiz poderes para obrigar as partes a cooperarem no processo⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giogio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *O “bom litigante” – riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação*

Todavia, não vislumbramos a inconstitucionalidade apontada, pois o dever de cooperação já era extraído de outras normas descritas no CPC/1973, conforme já consignado em outra oportunidade, e o que fez o legislador com o CPC/2015 foi aperfeiçoar e tornar expresso o princípio.

Ademais, a conduta do juiz descrita pelos autores pode ser encontrada em julgamentos anteriores à vigência do CPC/2015 de modo que não nos parece que o princípio da cooperação, por si só, tenha o condão de generalizar eventuais equívocos por parte dos magistrados brasileiros e, ainda que pudesse causar esse efeito devastador, às partes encontra-se resguardado o direito de recorrerem às instâncias superiores que certamente farão as adequações que forem necessárias para que se procure obter o respeito ao devido processo legal.

Ainda, algumas outras críticas apontadas pelos autores despontam como bastante apropriadas, notadamente quando sustentam que a cooperação deveria partir do juiz para as partes e vice-versa de modo que não deveria se falar em cooperação entre as partes exatamente em virtude do contexto litigioso no qual estão inseridas. Também se mostra plausível o discurso no sentido de que o juiz não deve atuar de modo coercitivo ao invocar o princípio da cooperação para compelir às partes a atender o seu apelo, notadamente quando um dos pilares do princípio é o dever de diálogo do julgador com as partes o que, por si só, já demonstra que o princípio não se dirige para uma porta aberta de discricionariedades ou arbitrariedades por parte do magistrado.

Em outras palavras, até que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tenha estabelecido os contornos para o emprego do princípio da cooperação, pensamos que o juiz deve agir com cautela e buscar o diálogo com as partes para estabelecer o bom andamento do trâmite processual e não impor uma cooperação irrestrita e desarrazoada, pois agindo assim estaria então violando o devido processo legal e afrontando a Constituição Federal.

Na jurisprudência do STJpt encontramos precedentes interessantes que indicam o nível de evolução que esse princípio da cooperação atingiu em Portugal e que deve ser perseguido pelos tribunais brasileiros, demonstrando que apesar das dificuldades é possível estabelecer parâmetros para aplicação do princípio sem que haja necessariamente violação da Constituição⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Recurso de Revista n. 06A3687, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 21/11/2006. Uniformização de jurisprudência n. 087158, Relator: Conselheiro Miranda Galvão, julgado em 22/04/1997.

CAPÍTULO 4 – A REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO

Neste capítulo, analisaremos a repartição do ônus da prova no processo coletivo, o que indica a necessidade de abordagem do ônus da prova, especialmente noção e ônus da prova subjetivo e objetivo.

Segue a apresentação e delimitação do problema das regras de repartição do ônus da prova no processo coletivo e o desenvolvimento de aspectos da inversão do ônus da prova no processo coletivo, como fundamentos, momento e requisitos.

Logo após é apresentada a solução para a repartição do encargo probatório no processo coletivo, com breve consideração sobre a interpretação em auxílio da investigação, fazendo a distinção entre aquela adotada para o Brasil e outra para Portugal.

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

4.1.1 Noção de ônus da prova

De acordo com o dicionário Aurélio, ônus significa dever ou obrigação⁵⁵⁹, mas o dever não se confunde com o ônus porque é estabelecido em benefício de outrem, enquanto o ônus, em benefício próprio. Além disso, o incumprimento do dever pode gerar uma sanção ao passo que o não atendimento do ônus pode ocasionar a perda da chance de obter-se alguma vantagem⁵⁶⁰.

No aspecto processual, ônus indica a recomendação ou encargo de desenvolvimento de algumas atividades na relação processual, para que se obtenha um resultado favorável ou se suporte o risco de ser vencido caso não se atue com a diligência necessária segundo as circunstâncias do

⁵⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário da língua portuguesa*, 11ª ed., Rio de Janeiro, 1979.

⁵⁶⁰ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do ônus da prova*. Revista de Processo, ano 18, n. 71, p. 46-63, julho-setembro de 1993.

caso⁵⁶¹, ou seja, cuida-se de encargo cuja inobservância pode implicar numa situação de desvantagem⁵⁶², motivo pelo qual o descumprimento do ônus enseja uma consequência processual⁵⁶³. Ainda o ônus da prova significa o gravame que recai sobre as partes de facilitar o material probatório necessário para que o juiz possa formar a sua convicção sobre os fatos alegados no processo⁵⁶⁴. Portanto, ônus da prova indica a conduta que se espera da parte para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz, viabilizando a extração das consequências jurídicas pertinentes ao caso concreto⁵⁶⁵.

Todavia, não significa que se trata de ônus no sentido rigoroso do termo, pois o juiz possui liberdade para apreciar a prova e mesmo diante da inércia da parte, em virtude do princípio da comunhão da prova, sendo produzida pela parte contrária, poderá favorecer a parte faltosa⁵⁶⁶. E isso decorre do fato de o magistrado ser o destinatário da prova e ainda do princípio do livre convencimento motivado que assegura parcela de independência ao julgador, no âmbito probatório, com o fim de viabilizar a necessária fundamentação de sua decisão⁵⁶⁷.

Leo Rosenberg sustenta que ônus da prova “são regras sobre o modo de decidir quando não é possível comprovar uma circunstância que tem importância para a aplicação de uma lei processual”⁵⁶⁸.

Cândido Rangel Dinamarco entende que “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem

⁵⁶¹ DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Libreria de Porrúa Hnos Y Cia, 1942, p. 75.

⁵⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 106.

⁵⁶³ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*, ano 18, n. 71, p. 48, julho-setembro de 1993.

⁵⁶⁴ DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Libreria de Porrúa Hnos Y Cia, 1942, p. 81.

⁵⁶⁵ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do ônus da prova*. *Revista de Processo*, ano 18, n. 71, p. 49, julho-setembro de 1993.

⁵⁶⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 165, p. 231-254, 2008.

⁵⁶⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Reflexões sobre o ônus da prova*. *Revista de Processo*, ano 19, n. 76, p. 141-145, outubro-dezembro de 1994.

⁵⁶⁸ ROSENBERG, Léo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 44.

proferidas no processo”⁵⁶⁹. Cuida-se de noção baseada no princípio dispositivo que, em regra, impõe às partes no processo o encargo de alegar e de provar os fatos alegados – dupla carga processual⁵⁷⁰.

Dessa maneira, o ônus da prova implica o encargo de a parte fornecer a prova do fato que pretende provar, incorrendo nas consequências de sua inatividade, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova⁵⁷¹, ou seja, “o ônus da prova consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito”⁵⁷², de modo que viabilize a obtenção de uma vantagem ou impeça uma situação que lhe seja desfavorável em virtude de sua omissão⁵⁷³.

Conforme consignado, o ônus da prova encontra-se atrelado ao princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes, entretanto, atualmente admite-se, além da análise da prova, a iniciativa probatória do magistrado, em face da busca pela verdade real.

Entretanto, cuida-se de atividade subsidiária do juiz porque sua atuação somente se justificaria quando, esgotada a atividade das partes, depois de aplicadas as regras de distribuição do ônus da prova, ainda assim, o magistrado não contasse com condições de decidir⁵⁷⁴. Ou, em outras palavras, o juiz deve adentrar na atividade probatória de maneira subsidiária para, suprimindo a omissão da parte ou a deficiência de sua atuação, aplicar as regras respeitantes ao ônus da prova, resolvendo a dúvida à custa da parte a quem incumbia o ônus de provar⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 21-38, p. 70, dezembro de 1981.

⁵⁷⁰ DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Libreria de Porrua Hnos Y Cia, 1942, p. 75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 21-38, dezembro de 1981.

⁵⁷¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979, p. 197.

⁵⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 399.

⁵⁷³ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 87.

⁵⁷⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Revista de Processo, vol. 75, p. 273, jul/1994.

⁵⁷⁵ BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v.37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012.

Ademais, em relação ao ônus da prova, é preciso distinguir dois aspectos: pelo primeiro, cuida-se de uma regra de julgamento para o juiz, pois indica como deve agir quando não encontra a prova dos fatos alegados pelas partes, evitando-se, assim, o *non liquet*, isto é, uma sentença fundamentada na ausência de provas⁵⁷⁶; e pelo segundo aspecto, representa uma regra de conduta para as partes, porque indiretamente indicará a elas quais são os fatos que deverão provar em seu interesse⁵⁷⁷.

Nesse contexto, significa que é preciso fornecer ao juiz mecanismo apto para solução da lide apresentada em juízo naqueles casos em que as provas produzidas não são suficientes para esclarecer a veracidade das alegações das partes⁵⁷⁸.

Além disso, o encargo de alegar ou de afirmar indica que o juiz não deve conhecer dos fatos que não foram objeto de alegação pelas partes, pois apenas elas detêm condições de precisar as circunstâncias de fato que serviram de motivação para as suas manifestações⁵⁷⁹.

Esse ônus da afirmação guarda semelhança com o ônus da prova, pois a parte deverá provar na demanda, as circunstâncias de fato que poderão favorecê-la no julgamento do processo, ou seja, o objeto e o alcance tanto do ônus da afirmação como do ônus da prova em princípio coincidem. Todavia, não se confundem especialmente quanto às consequências pelo seu incumprimento, pois descumprindo o ônus da alegação, a parte assumirá o risco de o tema omitido não ser conhecido pelo juiz nem ser objeto de prova; ao passo que não cumprindo o ônus da prova assumirá as consequências de sua omissão quanto à análise mesmo do fato que da prova dependeria⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Reflexões sobre o ônus da prova*. Revista de Processo, ano 19, n. 76, p. 141-145, outubro-dezembro de 1994.

⁵⁷⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 424 e MICHELL, Gian Antônio. *Curso de derecho procesal civil, volume I, Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 111.

⁵⁷⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012.

⁵⁷⁹ ROSENBERG, Léo. *ROSENBERG, Léo. La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 39.

⁵⁸⁰ ROSENBERG, Léo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 44-48.

Por todo o exposto, entendemos por ônus da prova a atividade facultativa da parte, prevista na lei, de fornecer elementos para provar os fatos alegados necessários para que o juiz possa decidir a causa, incorrendo o faltoso no risco de assumir as consequências quando omitir-se ou não lograr realizar essa prova.

Em assim sendo, o ônus da prova possui duas funções, em especial, a primeira, a de fornecer ao juiz um critério para o julgamento da demanda e a outra, a de proporcionar um estímulo para a atividade processual das partes⁵⁸¹.

4.1.2 Ônus da prova subjetivo e objetivo

Imputa-se a Julius Glaser, a partir de estudos publicados no ano de 1883, a distinção do ônus da prova em subjetivo e objetivo, sendo que esse aspecto foi desenvolvido por autores austríacos e, posteriormente, por Leo Rosenberg⁵⁸².

De um lado, quanto ao ônus da prova subjetivo significa a presença de uma norma de conduta para as partes e estabelece quais os fatos convém que sejam provados no processo com o fim de obterem uma decisão favorável a suas pretensões⁵⁸³. Nesse sentido, pode-se falar em regras prévia e abstratamente estabelecidas dirigidas a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato⁵⁸⁴. Como se volta para fatos particulares em cada caso específico, isto é, em cada processo, diz-se também que se cuida de aspecto concreto.

Por outro lado, em seu aspecto objetivo, o ônus da prova indica uma regra geral de julgamento segundo a qual na falta da prova dos fatos que fundamentam o litígio, o juiz deve proferir sentença desfavorável à

⁵⁸¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 106.

⁵⁸² MICHELI, Gian Antônio. *Curso de derecho procesal civil, volume I, Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1970, p. 106.

⁵⁸³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 216.

⁵⁸⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 107.

parte que não obteve êxito no seu encargo. Cuida-se de regramento dirigido ao juiz, ou seja, uma regra de julgamento, que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência de um determinado elemento de prova⁵⁸⁵. Dessa forma, “o ônus da prova objetivo respeita as consequências da não realização da prova, isto é, da falta de qualquer convicção do tribunal sobre a verdade de uma afirmação de fato”⁵⁸⁶. Chama-se abstrato, nesse sentido, porque enquanto considerada regra de julgamento não se refere a casos particulares, assumindo um caráter geral de norma de direito para todos os casos⁵⁸⁷.

Portanto, poder-se-ia dizer que no seu aspecto subjetivo o ônus da prova indica a resposta aos questionamentos “a quem corresponde provar”, “quem deve fazer a prova”, “a quem interessa que se produza certa prova” ou, ainda, “quem será afetado pela sentença em caso de ausência de prova”, ao passo que no aspecto objetivo atenderia à pergunta “o que deve ser provado” e sugere uma regra de julgamento que se destina, primordialmente, a evitar o *non liquet*, permitindo o julgamento do mérito da demanda, mesmo diante da ausência ou insuficiência da prova.

Em outras palavras, o ônus subjetivo representa a própria distribuição do encargo probatório entre os litigantes, ao passo que o objetivo sinaliza as consequências da falta da prova. Logo, de um lado, o ônus da prova subjetivo e concreto, implica que a parte deve assumir determinada conduta no processo, para evitar o risco de uma decisão desfavorável e, por outro lado, o ônus da prova objetivo e abstrato, impõe ao juiz o dever de pronunciar-se de determinada maneira ante a ausência ou insuficiência da prova.

Essa distinção, porém, não se encontra imune a críticas. Existem autores que rechaçam a possibilidade da divisão do ônus da prova em subjetivo e objetivo, argumentando que não se pode conceber a existência

⁵⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 107.

⁵⁸⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 215.

⁵⁸⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 427-428.

deste porque como o ônus indica poder ou faculdade, e depende necessariamente da existência de um sujeito que será o seu titular – noção que é sempre subjetiva – o ônus objetivo consubstancia-se num simples efeito do subjetivo porque o ônus da prova é sempre subjetivo e recai sobre a parte a quem aproveita a sua produção. Também o ônus objetivo não poderia recair sobre o magistrado, pois contemplaria unicamente uma regra de julgamento diante da inexistência de determinada prova, não configurando um encargo para o magistrado, antes, verdadeiro dever decorrente da própria lei, diverso, portanto, da noção de ônus acima descrita e, ainda, porque, em princípio, não haveria que se falar em consequências prejudiciais para o magistrado pelo seu descumprimento⁵⁸⁸.

Conforme já tivemos a oportunidade de expressar, defendemos que o tema dirige-se à existência de dois aspectos do mesmo fenômeno, pois não percebemos a existência de duas espécies de ônus da prova⁵⁸⁹, propriamente ditas, mas de apenas um deles, que possui duas faces, como numa moeda⁵⁹⁰, ainda mais se considerarmos que as próprias partes podem evitar a decisão adversa cumprindo satisfatoriamente o seu encargo de produzir a prova que interessa, não podendo ser desprezada por completo a noção subjetiva do ônus da prova, porque se ela não possui um alcance maior do que o aspecto objetivo, também não se pode dizer que detém um alcance menor⁵⁹¹. Essa posição funda-se ainda na lição de Gian Antônio Michelli, ao asseverar que o importante não é a diferença em si entre ônus subjetivo ou objetivo, mas obter-se um resultado útil com a atividade processual das partes com o julgamento pelo magistrado⁵⁹². Portanto, não significa que se deva desprezar por completo o aspecto subjetivo do ônus da prova⁵⁹³.

⁵⁸⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974. p. 434-436.

⁵⁸⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 432, assevera que não se trata de ônus subjetivo ou objetivo, mas de aspectos subjetivo e objetivo.

⁵⁹⁰ MICHELI, Gian Antônio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110, no mesmo sentido.

⁵⁹¹ ROSENBERG, Léo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 37.

⁵⁹² MICHELI, Gian Antônio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110.

⁵⁹³ ROSENBERG, Léo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 37-38.

Entretanto, considerando que o ônus da prova opera sempre num dado caso concreto e ao juiz não é imputado ônus, mas apenas deveres⁵⁹⁴, apesar de reconhecer a existência de ambos, sustentamos que o aspecto abstrato é o mais relevante no estudo da matéria. A doutrina fundamenta essa tese, especialmente diante da desnecessidade de saber-se quem provou o que, em face do princípio da aquisição processual e inquisitório do tribunal em relação a provas, concluímos que o ônus que interessa é somente o objetivo, ou seja, o “ônus de averiguação”, e não o ônus subjetivo⁵⁹⁵.

Ademais porque, em face do princípio da aquisição processual, “o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las”⁵⁹⁶, ou seja, a prova produzida pelas partes deverá ser considerada pelo magistrado, independentemente de quem era o encargo de produzi-la.

4.1.3 Regras de repartição do ônus da prova no processo coletivo: apresentação e delimitação do problema

A repartição do ônus da prova é importante de um lado porque as regras que a disciplinam afetam diretamente a garantia do acesso à justiça, afinal, impossibilitar que o interessado se desincumba do ônus da prova resulta em negar acesso à tutela jurisdicional, ou seja, cuida-se de questão constitucional⁵⁹⁷, afinal, pode restar caracterizada a violação ao princípio do devido processo legal, direito de acesso à justiça e direito ao processo justo⁵⁹⁸; por outro lado, porque o ônus da prova assume a feição de norma de repartição dos riscos da falta de certeza e se fundamenta nos princípios

⁵⁹⁴ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 94.

⁵⁹⁵ CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório, vol. III*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 350.

⁵⁹⁶ CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório, vol. III*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 303.

⁵⁹⁷ GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, p.384-407, 2007.

⁵⁹⁸ BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v.37, n. 205, p. 63-64, 2012.

da lógica, da justiça distributiva e da isonomia das partes perante a lei, de modo que é necessário viabilizar a oportunidade adequada para a defesa de seus interesses⁵⁹⁹.

As partes devem ter conhecimento prévio, anterior ao julgamento, de suas atribuições voltadas à produção das provas, oportunizando previamente o cumprimento ou não do encargo, de modo a legitimar as futuras consequências do incumprimento ou do cumprimento defeituoso, evitando-se, assim, a surpresa ou a arbitrariedade por parte do julgador.

Então, pode-se afirmar que a repartição do ônus da prova condiciona a atividade probatória das partes porque incumbe à parte o ônus da prova relativamente aos fatos cuja subsunção a dada norma jurídica lhe proporciona uma situação favorável⁶⁰⁰, razão pela qual se fala que a regra de distribuição do ônus da prova está diretamente relacionada ao princípio do interesse⁶⁰¹.

No Brasil, no processo individual, o ônus da prova pode ser atribuído, como regra, pelo legislador (critério estático de distribuição do ônus da prova), e, excepcionalmente, por convenção das partes ou pelo juiz (ambos critérios de distribuição dinâmica do ônus da prova)⁶⁰². O legislador estabelece de maneira prévia e abstrata como deve ser repartido o encargo probatório, com base na posição processual que a parte assume⁶⁰³, na natureza dos fatos objeto da prova⁶⁰⁴ e no interesse em provar o fato⁶⁰⁵ e estipula quais são os critérios que devem ser atendidos, em determinadas

⁵⁹⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 432.

⁶⁰⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 217.

⁶⁰¹ MORAES, Denise Maria Rodríguez. *A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 226, p.61-81, dez. 2013.

⁶⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 122.

⁶⁰³ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo, ano 18, n. 71, p. 46-63, julho-setembro de 1993.

⁶⁰⁴ OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. *A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica*. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-36, maio 2014.

⁶⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 111.

circunstâncias, suficientes para ensejarem a possibilidade de modificação do encargo pelo juiz ou por convenção das partes⁶⁰⁶.

Com efeito, a norma contida no art. 333 do CPC/1973, reproduzida no art. 373 do CPC/2015, estabelecia que ao autor incumbia-se o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu cabia provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor⁶⁰⁷.

Por fato constitutivo entende-se o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo; fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando a pretensão do autor de ver o seu direito satisfeito; fato impeditivo, de natureza negativa, obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça, ou seja, representa a ausência de uma circunstância que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais; fato modificativo é aquele que, não afetando a existência do direito, busca somente alterá-lo⁶⁰⁸.

Baseou-se a norma no princípio do interesse uma vez que “o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu”⁶⁰⁹, entretanto, essa distribuição do ônus da prova dirige-se a todos os sujeitos que figuram como partes no processo, como o assistente, os terceiros intervenientes, o Ministério Público e o *litis* denunciado, notadamente porque o ônus da prova da afirmação recai sobre a parte que nela tem interesse.

Sendo assim, estabeleceu o legislador brasileiro a regra de que o ônus da prova compete à parte que possuir interesse no reconhecimento do fato que deve ser provado, de modo que se cuida de regra baseada na posição processual das partes e também na natureza dos fatos a serem provados por elas.

⁶⁰⁶ É importante deixar registrado que os fatos notórios e os incontroversos não dependem de prova.

⁶⁰⁷ Com efeito, a defesa do réu pode ser: a) direta, quando apenas nega o fato ou fatos elencados na petição inicial; e b) indireta, quando o réu contrapõe outros fatos capazes de ceifar a pretensão do autor. No primeiro caso o ônus da prova incumbe exclusivamente ao autor e no segundo caso, ao réu.

⁶⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 112-113.

⁶⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, volume III*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 72.

Dessa forma, o legislador consagrou a chamada teoria estática de distribuição do ônus da prova, de Giuseppe Chiovenda, para quem fatos constitutivos são aqueles que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos ao passo que os fatos impeditivos caracterizam-se como aqueles que impedem àqueles de produzir o efeito que lhes é natural⁶¹⁰.

Entretanto, a repartição do encargo probatório pode ser objeto de convenção pelas partes, nos termos do art. 373, §3º, do CPC/2015⁶¹¹, norma que aprimorou a antiga redação do art. 333, parágrafo único, do CPC/1973⁶¹², que já admitia a celebração de negócio jurídico processual pelas partes⁶¹³.

As convenções sobre a repartição do ônus da prova são negócios processuais que têm por objeto a distribuição específica e diferenciada do encargo probatório, colocando-a de forma diversa da regulada previamente pela lei⁶¹⁴.

Cuida-se de típico negócio jurídico processual, que pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato: simples ou jurídico, respeitadas as vedações constantes do próprio dispositivo legal.

O ajuste deverá respeitar os pressupostos de existência, de validade e de eficácia de qualquer negócio jurídico, sendo desnecessária forma específica⁶¹⁵, permitida a sua celebração por instrumento autônomo, antes ou durante o processo, nos termos do §4º do art. 373 do CPC/2015⁶¹⁶.

⁶¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, volume II*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia, 1943, p. 512.

⁶¹¹ § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁶¹² Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁶¹³ ROSSI, Júlio César. *A distribuição do ônus da prova nas relações de direito privado: será preciso, mesmo, mudar?* Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 13, n. 51, p. 87-111, jul./set. 2012.

⁶¹⁴ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

⁶¹⁵ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

⁶¹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 120.

Além das vedações constantes do §3º do art. 373 do CPC/2015, o negócio jurídico processual referente à convenção das partes quanto ao ônus da prova não poderá ser admitido pelo juiz quando se tratar de relação de consumo e houver prejuízo ao consumidor, em virtude de sua nulidade, nos termos do art. 51, VI, do CDC⁶¹⁷.

A doutrina ainda aponta outras hipóteses que restringem a validade do negócio jurídico processual: ausência de supervisão do Ministério Público quando for obrigatória a sua intervenção; impossibilidade de celebração do ajuste pela Fazenda Pública; invalidade de cláusula que dificulte ou impossibilite a produção de alguma prova; invalidade do ajuste se houver cláusulas de inversão inseridas em contrato de adesão, prejudicando o aderente⁶¹⁸.

Estabelecida a convenção pelas partes nos termos descritos deve ser reputada válida desde logo, pois não se exige a homologação do juiz, nos termos do art. 200 do CPC/2015⁶¹⁹, todavia, para sua eficácia é preciso que suas cláusulas estabeleçam expressamente quais são os fatos que serão objeto da prova e que as partes apresentem o ajuste em juízo antes de iniciada a fase de instrução, sob pena de preclusão⁶²⁰.

Dessa forma, mostra-se claro que a convenção reputa-se existente desde sua apresentação em juízo, mas ao juiz incumbe o dever de avaliar a sua validade e eficácia.

Ademais, entendemos que nada impede que o juiz exerça a sua iniciativa probatória, mesmo em casos de celebração do negócio jurídico

⁶¹⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

⁶¹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

⁶¹⁹ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

⁶²⁰ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

processual pelas partes, desde que respeitados os seus limites, conforme abaixo especificado⁶²¹.

Outra novidade introduzida pelo CPC/2015 refere-se à possibilidade expressa de o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto pelo legislador, inclusive quando houver convenção das partes⁶²².

Cuida-se da consagração da doutrina da carga dinâmica da prova, também denominada de “carga probatória dinâmica”, “princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão judicial na produção do material probatório”, “princípio da responsabilidade compartilhada”, “cargas probatórias compartilhadas” ou “da solidariedade”⁶²³, que foi desenvolvida⁶²⁴ pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, tendo sido ventilada com essa designação pela primeira vez no ano de 1981⁶²⁵, a partir de quando tem sido objeto de estudos por juristas argentinos e brasileiros.

Essa teoria surgiu da necessidade de viabilizar a garantia constitucional de acesso à justiça, muitas vezes obstado pela falta de

⁶²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 121.

⁶²² Art. 373. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

⁶²³ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 17-34, 2008.

⁶²⁴ Dizemos *desenvolvida*, pois entendemos que essa ideia foi criada a partir dos estudos de Jéremie Bentham, em seu Tratado de las pruebas judiciales, vol. II, Buenos Aires, EJE, 1971, pág. 149. Segundo Bentham, o ônus da prova deve incumbir, em cada caso concreto, como regra geral, à parte que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, ou seja, demora, vexames e despesas. Coube a Peyrano, porém, a estruturação da ideia da flexibilização do ônus da prova, analisando em especial as circunstâncias que legitimam a sua adoção, de modo que se trata de regra excepcional e não de regra geral. No mesmo sentido: ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 123; BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v.37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012; CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 70-71. ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 18, 2008.

⁶²⁵ PEYRANO, Jorge Walter. *De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 169-173.

condições da parte produzir a prova e fundamenta-se no dever de colaboração e no princípio da solidariedade das partes na busca da verdade real⁶²⁶.

De acordo com Jorge Walter Peyrano, objetiva-se com essa teoria a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, mediante a presença de circunstâncias excepcionais, de modo que o ônus da prova deve incumbir à parte que se encontre em melhores condições de cumpri-lo, isto é, de provar, independentemente de sua posição processual ou a natureza dos fatos que necessitam da prova⁶²⁷.

“Melhores condições” referem-se aos aspectos técnicos, profissionais ou econômicos aptos para viabilizarem a produção da prova⁶²⁸ e indica que uma parte, quando comparada à outra, detém maior facilidade na produção da prova por se encontrar em posição privilegiada em relação às provas⁶²⁹.

O estabelecimento de qual parte se encontra em melhores condições leva em consideração os seguintes fatores: 1º) o papel que a parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; 2º) a posse das coisas ou documentos essenciais à produção da prova; 3º) quem dispõe com exclusividade da prova; 4º) razões técnicas, profissionais ou jurídicas⁶³⁰.

Objetiva-se com a carga dinâmica da prova facilitar a produção da prova do fato controvertido e, dessa forma, contribuir para a prestação jurisdicional mais efetiva⁶³¹, isto é, não se busca substituir o sistema estático proposto por Giuseppe Chiovenda e adotado na legislação processual civil

⁶²⁶ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 17-34, dezembro-2008, p. 24.

⁶²⁷ BARBIERO, Sérgio José. *Cargas probatórias dinâmicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 99-107.

⁶²⁸ AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 125-152, no mesmo sentido.

⁶²⁹ OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. *A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica*. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 21, 2014.

⁶³⁰ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 121.

⁶³¹ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 86.

brasileira, mas sim complementá-lo⁶³², motivo pelo qual as regras clássicas de distribuição do ônus da prova não são afastadas pela carga dinâmica da prova, apenas excepcionadas em certas ocasiões, objetivando a superação da dificuldade de cumprir o encargo probatório pela parte. Pode-se referir a uma regra complementar, subsidiária àquelas existentes, que somente será aplicável em circunstâncias excepcionais, quando impossibilitada a repartição clássica do ônus da prova que impossibilite a uma das partes o exercício do seu direito de provar porque a prova é impossível diante do caso concreto⁶³³.

Em linhas gerais, podemos sintetizar a teoria da seguinte maneira: a) não se aceita o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) não se considera a posição da parte no processo; c) não se mostra relevante a distinção tradicional dos fatos em constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos; d) mostra-se importante o caso em sua concretude; e) necessária a análise da natureza do fato a provar, imputando-se o encargo à parte que, pelas circunstâncias reais, encontra-se em melhores condições de fazê-lo⁶³⁴.

Por esse sistema, portanto, o juiz – empregando um critério *ope judicis* – deve identificar, caso a caso, se uma das partes possui maior facilidade para a produção de determinada espécie de prova e, dessa forma, estabelecer o ônus da prova em seu desfavor⁶³⁵.

A distribuição dinâmica do ônus da prova acarreta certa subjetividade por parte do magistrado, uma vez que é necessária a análise complexa da relação conflituosa, para além da posição ocupada pelas partes no processo, inclusive com o conhecimento de peculiaridades do direito material e das características dos sujeitos envolvidos, tudo com o fim de

⁶³² Cf. WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inês Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 35-73.

⁶³³ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 119-120.

⁶³⁴ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista Jurídica, Notadez, n. 280, p. 5-20, fev. 2001.

⁶³⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 302, jun. 2012.

concluir pela maior ou menor facilidade de uma das partes produzir determinada prova.

Cuida-se de regra que aponta para a distribuição do ônus da prova caso a caso, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas, razão pela qual se trata de teoria excepcional e residual⁶³⁶.

A esta altura cabe uma advertência importante: em que pese a escolha do legislador brasileiro no CPC/2015 pela coexistência de três critérios para repartição do ônus da prova não se pode admitir o emprego simultâneo do ônus estático com o ônus dinâmico de modo que cabe ao magistrado a escolha prévia – antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento – de qual critério será empregado em cada caso concreto⁶³⁷.

Todavia, sustentamos que seja possível a existência de convenção das partes seguida de distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, desde que subsista perplexidade do julgador, irreduzível na reconstituição da causa⁶³⁸, em face de provas contraditórias e confusas indicadas pelas partes e, ainda, que a distribuição diversa ocorra até o saneamento do processo, sem que com isso se esteja violando o ajuste entabulado pelas partes.

Essa tese se justifica porque o negócio jurídico processual entabulado pelas partes não escapa do controle jurisdicional do magistrado, tanto é que o §3º do art. 373 do CPC/2015 excepcionou claramente a possibilidade da convenção não ser acolhida.

Ademais, os principais fundamentos da teoria da carga dinâmica da prova são a igualdade dinâmica das partes, ou seja, igualdade de condições ou igualdade real e, ainda, os deveres de lealdade e cooperação das partes⁶³⁹, de modo que uma vez identificada a violação desses preceitos por intermédio do negócio jurídico processual o juiz deverá aplicar a carga

⁶³⁶ GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, p.384-407, janeiro/junho de 2007.

⁶³⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 308, jun. 2012.

⁶³⁸ ROSSI, Júlio César. *A distribuição do ônus da prova nas relações de direito privado: será preciso, mesmo, mudar?* Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 13, n. 51, p. 101, jul./set. 2012.

⁶³⁹ BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v.37, n. 205, p. 69-70, mar. 2012.

dinâmica da prova para corrigir a distribuição do ônus da prova e, assim, viabilizar a dilação probatória.

Também não há violação ao disposto no art. 200 do CPC/2015 porque o fato de a convenção das partes apresentada ao magistrado não depender de sua homologação para produzir efeitos não significa que não esteja ao alcance do controle do juiz diante da perplexidade verificada.

Por fim, a convenção das partes não pode conduzir à impossibilidade de produção de determinada prova, o que deverá ser averiguado, em último caso, pelo magistrado, sob pena de ser negada a própria tutela de direitos perseguida pelas partes, afinal, os instrumentos disponíveis devem ser adequados às exigências para a efetiva tutela do direito material, sendo insuficiente a previsão formal de meios inidôneos para a realização de direitos⁶⁴⁰.

Quanto ao momento de aplicação da carga dinâmica da prova, defendemos que se trata de regra de procedimento e não regra de julgamento, de modo que o juiz deverá anunciar previamente às partes que vai empregá-la e ainda estabelecer claramente quais os fatos específicos cada parte se desincumbirá, atendendo, assim, ao disposto no §1º do art. 373 do CPC/2015 bem como ao princípio da cooperação. Nesse sentido, Michelle Taruffo sustenta que a flexibilização da regra de distribuição do ônus da prova por ocasião da prolação da decisão final viola o princípio do contraditório porque à parte deve ser assegurada a possibilidade de ter conhecimento prévio e com antecedência do critério que será empregado pelo magistrado e que deverá seguir na preparação de sua iniciativa probatória⁶⁴¹.

Sustentamos que o magistrado poderá inverter completamente o ônus da prova, empregando essa regra de distribuição do encargo probatório, desde que não enseje para a outra parte o ônus de produzir prova diabólica, todavia, se o emprego da técnica limitar-se a certos fatos,

⁶⁴⁰ GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, 2007, p. 387.

⁶⁴¹ TARUFFO, Michele. *L'oneri come figure processuale*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXVI, n. 2, p. 425-436, giugno 2012.

entendemos que o magistrado deverá especificá-los expressamente na decisão proferida para o fim de evitar a decisão surpresa ou violar o contraditório.

A norma descrita estabelece claramente a necessidade de decisão prévia e fundamentada do magistrado para empregar a distribuição dinâmica do ônus da prova, o que exclui claramente a possibilidade de emprego da técnica na sentença, pois resultaria numa decisão surpresa para as partes, violando, também, o princípio da cooperação.

E ainda a norma estabelece expressamente a possibilidade – aqui verdadeiro direito subjetivo – de a parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, isto é, trata-se de uma ciência inequívoca e prévia.

O desrespeito dessa norma poderá ensejar a interposição de recurso e a declaração de nulidade do processo, de modo que a instância superior poderá determinar a repetição da produção da prova.

No direito português, a regra de distribuição do ônus da prova no processo individual não difere muito da norma brasileira, pois os fatos constitutivos devem ser provados pela parte que, com esse fundamento, alega a respectiva situação jurídica (art. 342º, 1, do CCpt) e a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos incumbe à parte contra a qual é invocada uma situação jurídica (art. 342º, 2, do CCpt).

Entretanto, a norma portuguesa estabelece expressamente a possibilidade de o réu ser onerado com a demonstração de fato constitutivo cabendo ao autor, nos termos gerais, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da situação jurídica para a qual é requerida a apreciação negativa, nos termos do art. 343º, 1, do CCpt.

Outra diferença marcante em relação à legislação brasileira refere-se ao ônus da parte de produzir a prova sempre que alegar em seu benefício, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos⁶⁴². Ainda, em caso de dúvida, os fatos devem ser considerados como constitutivos do direito, conforme art. 342º, 3, do CCpt.

⁶⁴² SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 221.

Também encontramos na legislação portuguesa a possibilidade de repartição do ônus da prova a partir da convenção das partes, conforme disposto no art. 345º do CCpt.

Com relação ao processo coletivo, no Brasil e em Portugal, não encontramos na legislação especial normas específicas sobre a distribuição do ônus da prova razão pela qual a questão que se coloca neste instante é saber se por esse motivo devem ser aplicadas as disposições legais referentes à repartição do encargo probatório previstas nas normas descritas nos códigos conforme exposto.

A resposta para esse questionamento, porém, depende da análise prévia da inversão do ônus da prova que será realizada adiante.

4.2 ASPECTOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO

A inversão do ônus prova significa a modificação de regras legais sobre a distribuição desse ônus imposta ou autorizada pela lei e assemelha-se à distribuição dinâmica do ônus da prova na medida em que, no geral, em ambos os casos busca-se suprimir as dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes em produzir determinada espécie de prova⁶⁴³.

Trata-se de técnica legislativa que permite o emprego de presunções simples – que com elas não se confunde, antes contempla uma espécie de presunção legal jurisprudencial, colocada entre as presunções simples e as legais – pois o juiz, antes de proceder ou não à inversão do ônus da prova, analisa os aspectos legais que permitem a adoção dessa medida⁶⁴⁴.

A inversão do ônus da prova, portanto, verifica-se quando não é sobre a parte normalmente onerada com a prova do fato que recai o ônus de

⁶⁴³ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 303-304, 2012.

⁶⁴⁴ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 410-411.

o provar, mas sobre a contraparte que incide o ônus de provar o fato contrário⁶⁴⁵.

Dessa forma, com a inversão do ônus da prova, admite-se o afastamento do regime geral dos *ônus probandi*, adotando-se outro regramento que se amolda melhor às exigências do caso concreto, impedindo a proliferação de decisões paradoxais em situações nas quais a pauta de valores fundada na liberdade e no princípio dispositivo se mostrar inadequada⁶⁴⁶.

A finalidade da inversão do ônus da prova pode ser sintetizada na busca pela equidade no sistema geral e abstrato de distribuição do encargo probatório⁶⁴⁷, afinal, cuida-se de técnica ou instrumento hábil para a proteção da parte que teria excessiva dificuldade na produção da prova ou para oferecer proteção à parte que, na relação jurídica, encontra-se em posição de desigualdade, logo, em situação de vulnerabilidade⁶⁴⁸.

No Brasil, por exemplo, o CDC estabeleceu claramente como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo, a vulnerabilidade do consumidor⁶⁴⁹, resultando na conclusão de que se tratou de decisão política que estabeleceu o reconhecimento da desigualdade material existente entre consumidores e fornecedores e que fundamentou a introdução da inversão do ônus da prova no CDC⁶⁵⁰.

Dessa maneira, a inversão do ônus da prova enquadra-se como mecanismo para a promoção do princípio da igualdade, reduzindo as distâncias entre as partes litigantes ocasionadas por sua condição pessoal.

⁶⁴⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 224.

⁶⁴⁶ REICHEL, Luis Alberto. *A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial*. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n.197, p. 127-143, jul. 2011.

⁶⁴⁷ FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p. 33.

⁶⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 410.

⁶⁴⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁶⁵⁰ GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, setembro-dezembro/1996.

4.2.1 Fundamentos

A primeira questão controvertida que se coloca a respeito do tema refere-se aos fundamentos que autorizam o magistrado a inverter o ônus da prova no processo coletivo.

Existem autores sustentando a impossibilidade de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova no processo coletivo sob o fundamento de inexistir norma específica autorizando essa modificação, considerando que a lei autoriza apenas a sua inversão de forma convencional, como ocorre no Brasil com o art. 6º, VIII, do CDC e em Portugal com o art. 344º do CCpt.

Ainda existem autores que sustentam que não serve de fundamento por si só para tal inversão a eventual dificuldade de prova⁶⁵¹. Há autores também que se manifestam favoráveis à flexibilização uma vez que decorre dos próprios poderes instrutórios do juiz⁶⁵².

De um lado, nas lides que tratam de relações de consumo desde a vigência do CDC, já se estabeleceu a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor⁶⁵³, inclusive de ofício pelo juiz, por decisão fundamentada⁶⁵⁴, em face da natureza de ordem pública da norma, nos termos do art. 1º do CDC⁶⁵⁵ bem como diante da necessidade de facilitar a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor durante a instrução probatória⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 224.

⁶⁵² MORAES, Denise Maria Rodríguez. *A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 61-81, 2013.

⁶⁵³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁶⁵⁴ REsp 881.651/BA, Relator: Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 592.

⁶⁵⁵ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, n. 917, p. 175-202, março de 2012.

⁶⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 98.

Por outro lado, ainda sob a vigência do CPC/1973, diante da inexistência de dispositivo legal expresso, sustentasse a possibilidade de flexibilização pelo juiz das regras de distribuição do ônus da prova no Brasil, baseada na interpretação sistemática de dispositivos contidos nessa norma, tais como os arts. 335⁶⁵⁷, 130⁶⁵⁸, 333, parágrafo único, II⁶⁵⁹, 339⁶⁶⁰, 125, I⁶⁶¹, 342⁶⁶², 355⁶⁶³.

Com a vigência do CDC, porém, no ano de 1991, esperava-se que a questão deixasse de ensejar maiores questionamentos pela doutrina, diante da redação de seu art. 6º, VIII, bem como em virtude da composição do microsistema jurídico do processo coletivo.

Dessa forma, na hipótese de ação civil pública, por exemplo, mesmo se não houvesse relação de consumo, esse dispositivo legal poderia ser aplicado pelo magistrado para viabilizar a inversão do ônus da prova, por exemplo, em questões envolvendo o meio ambiente, dada a hipossuficiência da coletividade⁶⁶⁴.

Entretanto, na prática não era o que se via no Brasil até a entrada em vigor do CPC/2015, pois a doutrina majoritária e a jurisprudência sempre receberam com ressalvas a ideia de que seria possível inverter o ônus da prova no processo coletivo com base apenas na norma do CDC quando não se tratasse de relação de consumo.

⁶⁵⁷ Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

⁶⁵⁸ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁶⁵⁹ Art. 333. [...] Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: [...] II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁶⁶⁰ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁶⁶¹ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

⁶⁶² Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

⁶⁶³ Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

⁶⁶⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. *Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais*. Revista da Ajuris, v. 30, n. 90, p. 9-27, junho/2003.

A partir da vigência do CPC/2015, porém, a discussão ganhou importância porque houve a modificação substancial da repartição do encargo probatório e o estabelecimento de uma referência normativa autorizando o juiz a flexibilizar a regra de distribuição do ônus da prova, o que pode ensejar, caso a caso, a própria inversão do ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC/2015).

Ademais, existe outra questão controvertida no ordenamento jurídico brasileiro referente à chamada inversão *ope legis* do ônus da prova no processo coletivo que se encontra prevista nos arts. 12, §3º, II⁶⁶⁵; 14, §3º, I⁶⁶⁶ e 38 do CDC⁶⁶⁷.

Existem autores que sustentam que se trata de regra de inversão do ônus da prova⁶⁶⁸, mas defendemos que se cuida, na verdade, de uma exceção legal à regra de distribuição do ônus da prova e que se caracteriza, antes, como um caso de presunção legal relativa⁶⁶⁹.

Nesse contexto, a leitura desses dispositivos possibilita ao intérprete extrair a conclusão no sentido de que a lei não inverte o ônus da prova, apenas atribui-lhe ao fornecedor⁶⁷⁰.

Essa tese se justifica, ainda, se considerarmos que sua incidência independe do caso concreto bem como da atuação do magistrado⁶⁷¹, isto é, a

⁶⁶⁵ § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁶⁶⁶ § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁶⁶⁷ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

⁶⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 332.

⁶⁶⁹ Cfr. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 113

⁶⁷⁰ GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, setembro-dezembro/1996.

⁶⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 113.

própria lei determina que nessa situação ocorra a distribuição do ônus da prova de maneira diversa daquela prevista no art. 373 do CPC/2015⁶⁷².

Outro fundamento que legitima nosso entendimento é que a incidência da norma descrita no CDC opera por ocasião da prolação da sentença como regra de julgamento de maneira que não se pode falar em inversão do ônus da prova propriamente dito, uma vez que implicaria decisão surpresa para as partes bem como poderia ensejar a violação do princípio do contraditório, especialmente se considerarmos que a parte ingressa no processo com conhecimento prévio da existência dessa norma. Nessa hipótese, tratando-se de ação coletiva ajuizada em defesa dos interesses dos consumidores brasileiros teríamos uma hipótese de “inversão *ope legis* do ônus da prova” que atuaria como regra de julgamento por ocasião da prolação da sentença.

Outra questão que se mostra controversa sobre o tema diz respeito à possibilidade ou não de celebração de negócio jurídico pelas partes para alterar a repartição do encargo probatório previsto nos arts. 12, §3º, II; 14, §3º, I e 38 do CDC.

De plano não poderia ser admitido o ajuste pelo juiz se estabelecesse a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, a teor do disposto no art. 51, VI, do CDC, isto é, caso apresentado o ajuste ao magistrado e constatada essa situação de prejuízo ao consumidor, o juiz deveria declarar a nulidade do negócio jurídico de ofício e não admiti-lo, uma vez que a redação do art. 51, *caput*, não deixa margem de dúvidas quanto a essa possibilidade de declaração de ofício ao prever que “são nulas de pleno direito”.

Entretanto, se não houvesse prejuízo ao consumidor, ou seja, se fosse perfeitamente possível a produção da prova pelo mesmo sem que se configurasse qualquer prejuízo, o ajuste teria validade?

A solução da questão, a nosso ver, passa pela natureza jurídica da disposição contida nos dispositivos do CDC, uma vez que direitos indisponíveis não podem ser objeto de convenção das partes, nos termos do art. 373, §3º, inciso I, do CPC/2015.

⁶⁷² GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Niterói, 2009, p. 74.

Com efeito, o art. 1º do CDC estabeleceu claramente que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, de modo que se estabeleceu a proteção dos direitos dos consumidores⁶⁷³.

Os dispositivos encontram-se no Título I do CDC que trata dos direitos do consumidor, portanto, as disposições caracterizam-se como direito do consumidor, entretanto, cuida-se de direitos de cunho eminentemente processual, sem caráter de indisponibilidade, motivo pelo qual sustentamos a possibilidade de ser objeto de negócio jurídico pelas partes, não incidindo, portanto, a vedação contida no art. 373, §3º, inciso I, do CPC/2015.

Em Portugal, a inversão do ônus da prova encontra-se regulamentada expressamente pelo art. 344º e admitida no art. 345º, ambos do CCpt⁶⁷⁴, de modo que previu-se assim a possibilidade de inversão por força da lei ou por vontade das partes, através de convenção⁶⁷⁵, entretanto, no art. 417º do CPCpt também encontramos norma que autoriza a inversão do ônus da prova⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Sobre a natureza jurídica dos direitos contemplados pelo CDC é válida a observação do Min. Jorge Scartezzini, do STJ, segundo a qual: *as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de Direito Privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos. O Código de Defesa do Consumidor é claro em seu art. 1º, ao dispor que suas normas dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e que constituem-se em normas de ordem pública, inafastáveis, portanto, pela vontade individual. São normas de interesse social, pois, como ensinava Portalis (Apud Georges Ripert, 'L'Ordre économique et la liberté contractuelle', Mélanges offert à Geny, Paris, 1959, p. 347), as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares* (REsp 441.201/PR, Relator: Min. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2004, DJ 28/02/2005, p. 325).

⁶⁷⁴ 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

⁶⁷⁵ FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p. 33.

⁶⁷⁶ 2 — Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

O art. 344º, 1, do CCpt estabelece inicialmente a possibilidade de inversão do ônus da prova baseada nas presunções legais. Nos termos do art. 349º do CCpt, “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”.

Portanto, em resumo, a parte a quem incumbiria o ônus da prova segundo as regras gerais de repartição não precisa provar o fato que a beneficia, bastando a prova do fato que constitui a base da presunção, ensejando para a contraparte o ônus de provar o fato contrário⁶⁷⁷. As presunções podem ser legais (art. 350º) ou judiciais (art. 351º), sendo que apenas as primeiras podem constituir inversões do ônus da prova, nos termos do art. 344º do CCpt.

Outra hipótese de inversão do ônus da prova descrita nesse dispositivo refere-se à dispensa ou liberação do ônus da prova nos casos em que a lei admite um fato como certo impondo à contraparte o ônus de provar o contrário⁶⁷⁸. Nesse caso, não há necessidade da parte onerada pelo encargo probatório de provar qualquer outro fato, como ocorre no caso da presunção legal em que existe a exigência de prova da base da presunção.

Com relação aos contratos probatórios, contemplados no art. 344º do CCpt, cuida-se de estipulações relativas às provas que autorizam certos meios de prova taxando-lhes o valor, modificando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ônus da prova⁶⁷⁹.

Cuida-se de acordos processuais pelos quais as partes regulam os fatos carecidos de prova, a repartição do encargo probatório quanto a um determinado fato ou indicam os meios de prova admissíveis para a prova de certo fato, isto é, devem abranger o objeto da prova, o ônus da prova e os meios de prova⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

p. 34.

⁶⁷⁸ FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

p. 39.

⁶⁷⁹ FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

p. 45.

⁶⁸⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 234.

O legislador português optou por admitir as convenções que invertam o ônus da prova, conforme disposto expressamente no art. 345º do CCpt, com característica semelhante àquela adotada pelo legislador brasileiro, isto é, optou-se em Portugal por estabelecer-se uma relação de renúncia a uma faculdade – de não se desincumbir da prova de determinado fato – o que acarreta algumas limitações ao ajuste quais sejam: a) que tratem de direito indisponível; b) que torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito; c) que exclua algum meio legal de prova ou admita um meio de prova diverso dos legais; d) que implique modificação de determinações legais fundadas em matéria de ordem pública.

A convenção deve revestir-se da forma prescrita para o negócio jurídico em geral, à semelhança do que ocorre no Brasil, sendo admitida a sua celebração como contrato probatório pré-processual que posteriormente deve ser apresentado ao magistrado⁶⁸¹.

O art. 344º, 2, do CCpt, por seu turno, estabelece a inversão do ônus da prova no caso de impossibilidade de prova por culpa da contraparte, tornando impossível a prova ao onerado e implica na exigência de dois requisitos: primeiro, a impossibilidade de produção de prova por parte do onerado com o encargo probatório; e segundo, que a impossibilidade decorra de comportamento culposos da parte contrária⁶⁸², que pode verificar-se antes ou durante a pendência do processo no qual a prova devia ser realizada⁶⁸³.

Com relação a esse disposto, a jurisprudência nos fornece lições a respeito da inversão do ônus da prova. O Tribunal da Relação de Lisboa já se pronunciou no sentido de que “a inversão do ônus da prova surge, assim, como uma forma de sanção civil, punitiva de uma ilicitude civil, que, inclusive, pode revestir enquadramento penal”⁶⁸⁴. O Tribunal da Relação de Coimbra já se manifestou no sentido de que só há lugar à inversão do ônus

⁶⁸¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 235.

⁶⁸² FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001, p. 50.

⁶⁸³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995p. 226.

⁶⁸⁴ Tribunal da Relação de Lisboa, apelação n. 7371/2007-1, Relatora: Maria Rosário Barbosa, julgado em 19-02-2008.

da prova se o onerado não pode produzi-la por uma culpa da contraparte, de que tenha resultado, para o vinculado, a impossibilidade ou, ao menos, a grave dificuldade dessa prova, motivo pelo qual a inversão do ônus da prova não implica o fato controvertido se tenha por verdadeiro, mas apenas que a prova da falta de realidade dele passa a competir à parte contrária não onerada com a respectiva prova⁶⁸⁵.

Em relação a esse dispositivo manifestou-se esse tribunal no sentido de que a falta de junção de documento por uma das partes, para tal notificada, pode determinar a inversão do ônus da prova, quando a recusa impossibilite a prova do fato a provar, a cargo da contraparte, por não ser possível consegui-la com outros meios de prova, já por a lei o impedir, já por concretamente não bastarem para tanto os outros meios produzidos⁶⁸⁶.

O legislador português ainda fixou um critério residual que admite a inversão do ônus da prova por determinação legal, criando uma verdadeira cláusula geral. Podemos citar, por exemplo, o art. 12.º, n.º 1, da Lei 24/2007, de 18-07⁶⁸⁷, que possibilita a inversão do ônus da prova no âmbito da responsabilidade civil das concessionárias, consagrando uma presunção legal de culpa da gestora/concessionária. Essa presunção legal, porém, não se ilide, via de regra, com a genérica demonstração de deveres de manutenção, conservação, vigilância e fiscalização.

Nesse contexto, sobre o lesado recai apenas o ônus de alegação e prova dos fatos, ao passo que a concessionária, por seu turno, só cumpre o ônus do cumprimento ali consagrado mediante a demonstração de que, no que concerne às medidas de segurança necessárias e suficientes para prevenir e evitar aquele concreto e específico evento, elas foram cumpridas,

⁶⁸⁵ Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação n. 31156/10.3YIPRT.C1. Relator: Henrique Antunes. Data do acórdão: 19-12-2012. Tribunal: Tribunal Judicial de Viseu – 2º Juízo Cível.

⁶⁸⁶ Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação n. 1325/03.9TBTNV.C1. Relator: Arlindo Oliveira. Data do acórdão: 18-05-2010. Tribunal: Torres Novas.

⁶⁸⁷ 1 — Nas autoestradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para pessoas ou bens, o ônus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a: a) Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem; b) Atravessamento de animais; c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climáticas anormais.

sem o que subsiste o incumprimento culposo, ocorrendo a sua responsabilização no quadro geral da responsabilidade civil por ato ilícito.

Por outro lado, encontramos alguns precedentes jurisprudenciais no sentido de que seria possível a inversão do ônus da prova em casos não legalmente previstos, quando, por exemplo, não for possível ou se torne muito difícil para a parte que, segundo as regras gerais previstas no art. 342º do CCpt, estaria onerada com ela⁶⁸⁸, porém, não se pode concluir com isso que se trata de uma tendência dos tribunais portugueses.

Por fim, uma última observação se faz necessária. O art. 17º da Lei n. 83/95⁶⁸⁹ não estabeleceu a possibilidade de inversão do ônus da prova⁶⁹⁰, de modo que não serve de fundamento para estabelecer a modificação do encargo probatório fixado nas regras estudadas acima.

4.2.2 Momento

A questão controvertida que se coloca neste instante refere-se ao momento da inversão do ônus da prova no processo coletivo.

A esse respeito existem duas principais doutrinas no Brasil⁶⁹¹: a primeira, sustentando a possibilidade de inversão do ônus da prova exclusivamente antes da sentença, preferencialmente na fase de saneamento do feito, eliminando a possibilidade de flexibilização por ocasião da prolação da decisão, isto é, para essa corrente estaríamos diante de uma regra de procedimento⁶⁹²; e a segunda, entendendo que a flexibilização, por

⁶⁸⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa. Lisboa: Lex, 1995*, p. 227: 1) Ac. RP de 18/05/1978 In: C.J. 78º, 3, p. 847; 2) Ac. RP de 9/10/1979, In: C.J. 79º, 4, p. 1276; 3) Ac. STJ de 17/02/1983, In: BMJ 324, p. 584.

⁶⁸⁹ Na acção popular e no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes, cabe ao juiz iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes.

⁶⁹⁰ Supremo Tribunal de Justiça. Acção popular n. 01A4039, Relator: Pais de Sousa, julgado em 24/01/2002.

⁶⁹¹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 22, 2008.

⁶⁹² CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

se tratar de regra de julgamento, deveria ser empregada pelo magistrado por ocasião da prolação da sentença⁶⁹³.

De acordo com a primeira corrente, as regras de distribuição do ônus da prova são regras do juízo ou regras de julgamento, cuja função é de somente instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir o seu julgamento nas hipóteses de inexistência de prova suficiente, diferente da inversão do ônus da prova que se consubstancia em regra de atividade, sob pena de atribuir-se ao réu um ônus, mas negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia, motivo pelo qual o momento apropriado para a inversão do ônus da prova é a fase instrutória⁶⁹⁴.

Para a segunda corrente, a inversão do ônus da prova é direito de facilitação de defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova e, ainda assim, se o julgador estiver em dúvida⁶⁹⁵, sob pena de ensejar um pré-julgamento, parcial e prematuro⁶⁹⁶. Dessa forma, as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o julgador, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução que deve ser dada à causa, isto é, somente depois da instrução do processo, no momento da valoração das provas, estará o magistrado habilitado a afirmar se existe ou não essa situação de *non liquet*, quando poderá concluir se haverá ou não a necessidade de inversão do ônus da prova⁶⁹⁷.

A discussão chegou ao STJ e num primeiro momento a divergência se estabeleceu, pois no REsp 662.608/SP, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, a 4ª Turma entendeu que se trata de regra de instrução⁶⁹⁸, ao passo

⁶⁹³ GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, p.384-407, 2007.

⁶⁹⁴ GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, 1996.

⁶⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001, p. 130.

⁶⁹⁶ MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC*. Revista do Advogado, ano XXVI, n. 89, p. 85-95, dezembro de 2006.

⁶⁹⁷ GARCIA, André Almeida. *A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 91-124, jun. 2012.

⁶⁹⁸ REsp 662.608/SP, Relator: Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 242.

que no REsp 422.778/SP, Relatora para o acórdão Min. Nancy Andrichi, a 3ª Turma entendeu que a inversão do ônus da prova consubstancia regra de julgamento⁶⁹⁹. A divergência permaneceu durante algum tempo, pois encontramos precedentes da 3ª Turma seguindo o entendimento de que se tratava de regra de julgamento⁷⁰⁰ e achamos outros julgados da 4ª Turma afirmando que se trata de regra de procedimento⁷⁰¹. Entretanto, em 2011, através de uniformização de jurisprudência, a 2ª Seção proferiu julgamento no REsp 802.832/MG, DJ 13.04.2011, definindo que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento⁷⁰².

Parece-nos, que diante da expressa consagração do princípio da cooperação no CPC/2015, a decisão proferida pela 2ª Seção do STJ merece ser prestigiada, superando a divergência em definitivo, uma vez que ao magistrado não é permitida a prolação de decisão surpresa e a inversão do ônus da prova como regra de julgamento, sem antes haver sido exercido o dever de esclarecimento pelo magistrado, mostra-se capaz de violar esse princípio. Nesse contexto, uma coisa é afirmar que o fornecedor já sabe que existe a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, e quanto a isso não há qualquer dúvida, a norma é muito clara sobre a hipótese. Outra coisa, porém, é sustentar que não haverá surpresa diante dessa hipótese porque o fornecedor deve considerar sempre que haverá a inversão do ônus da prova na sentença e, assim, antecipar-se.

Em assim sendo, exigir da parte que atue com base em possibilidades ou hipóteses, quando se encontra ao alcance do magistrado a prolação de decisão que distribua ou inverta o ônus da prova de maneira

⁶⁹⁹ REsp 422.778/SP, Relator: Min. CASTRO FILHO, Relator: p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220.

⁷⁰⁰ REsp 949.000/ES, Relator: Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008. AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Relator: Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008. AgRg no Ag 1.028.085/SP, Relator: Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 16/04/2010.

⁷⁰¹ REsp 716.386/SP, Relator: Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 15/09/2008. REsp 707.451/SP, Relator: Min. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 365. REsp 720.930/RS, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009.

⁷⁰² REsp 802.832/MG, Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

prévia, clara e objetiva, não guarda correspondência com a noção de processo cooperativo. Portanto, entendemos que a inversão do ônus da prova na sentença demonstra bem a configuração de decisão-surpresa. E mais: conforme já consignado, o dever de auxílio na instrução probatória também se dirige ao magistrado e nesse aspecto determinar a inversão do ônus da prova por ocasião do saneamento do feito e não por ocasião do julgamento mostra-se a solução mais condizente com esse dever do juiz. Por fim, o dever de consulta, também de caráter assistencial, impõe vedação clara ao juiz de proferir decisão com base em questão de fato ou de direito sem que sobre elas sejam as partes tenham sido intimadas previamente.

Em Portugal, parece-nos que a questão não suscita maiores discussões, em virtude das disposições contidas nos art. 411º e 415º do CPCpt. O primeiro, atribuindo ao juiz a realização das diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos fatos que lhe é lícito conhecer e o segundo, estabelecendo a necessidade de audiência contraditória das partes, de modo que, salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas.

Outra norma que deve ser empregada pelo juiz na verificação do momento adequado para a inversão do ônus da prova encontra-se no art. 7º do CPCpt, que consagra o princípio da cooperação.

Nesse contexto, concluímos que a inversão do ônus da prova em Portugal não pode ser empregada como regra de julgamento, mas deve ser entendida como regra de instrução.

4.2.3 Requisitos

Outro aspecto controvertido da inversão do ônus da prova no processo coletivo brasileiro refere-se aos requisitos necessários para seu implemento. Nesse passo, mostra-se necessária a abordagem de duas situações específicas: a primeira, referente à inversão do ônus da prova oriunda da flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova e a

segunda relativa à inversão do ônus da prova propriamente dita prevista em lei.

À época do CPC/1973, os requisitos necessários para viabilizar a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova eram os seguintes: 1º) insuficiência da regra estática de distribuição do ônus da prova que pode decorrer de dois fatores: a) impossibilidade de produção da prova, b) excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório, c) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; 2º) identificação clara e inequívoca de quem tem as melhores condições de produzir a prova; 3º) comunicação prévia às partes da utilização da carga dinâmica da prova, sob pena de violação do princípio do contraditório. Além disso, sustentava-se que o emprego da carga dinâmica da prova não poderia ser ilimitado, antes deveria restringir-se aos seguintes limites: 1º) caráter subsidiário, isto é, essa técnica somente pode ser empregada de modo excepcional apenas quando as demais regras não puderem ser atendidas pelas partes; 2º) preclusão *pro judicato*, ou seja, depois de iniciada a encerrada a fase instrutória não pode o magistrado empregar a carga dinâmica da prova como regra de julgamento, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa, além de poder ensejar a prolação de decisão surpresa contrariando o princípio da cooperação.

Ainda com a superveniência do art. 373, §1º, do CPC/2015, parecem-nos que essa continua sendo a solução para a questão dos requisitos necessários para a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova no Brasil.

Entretanto, quanto aos requisitos, ou pressupostos, a doutrina⁷⁰³ ainda aponta para a necessidade de: 1º) decisão motivada, prolatada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, estabelecendo expressamente quais os fatos que devem ser objeto da flexibilização⁷⁰⁴; 2º) que a redistribuição ocorra antes de prolatada a sentença, preferencialmente por

⁷⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 124-126.

⁷⁰⁴ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

ocasião do saneamento do processo; 3º) que não implique a exigência de produção de prova diabólica reversa (pressuposto negativo), ou seja, não poderá ensejar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber; 4º) que ocasione maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

A inversão do ônus da prova no CDC indica o afastamento da regra geral prevista no art. 333 do CPC/1973 – art. 373 do CPC/2015 – permitindo que o réu produza a prova da inverdade dos fatos constitutivos do direito do autor e depende dos seguintes requisitos na dicção do art. 6º, VIII: a) verossimilhança das alegações do consumidor ou b) hipossuficiência do consumidor.

De plano, observamos que não se trata de inversão compulsória, antes de simples faculdade judicial que pode, ou não, ser deferida à parte de modo que compete ao juiz analisar se estão presentes os pressupostos que o autorizam a assim proceder configurando ato abusivo o deferimento sem fundamentos que o justifiquem⁷⁰⁵.

Ainda constatamos que a partícula “ou” empregada pelo legislador no art. 6º, VIII, do CDC, torna clara a opção do legislador em admitir a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando presente apenas uma das hipóteses, não havendo qualquer outra exigência no CDC⁷⁰⁶.

A verossimilhança das alegações encerra certa aproximação com o *fumus boni iuris* do processo cautelar e pode ser descrita como semelhança à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade⁷⁰⁷. Dessa forma, a verossimilhança resulta da avaliação pelo juiz do material probatório disponível, das regras de experiência e das presunções simples⁷⁰⁸,

⁷⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, volume I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 178-179.

⁷⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 183.

⁷⁰⁷ GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, setembro-dezembro/1996.

⁷⁰⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, n. 917, p. 175-202, março de 2012.

com o objetivo de formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor⁷⁰⁹.

Ademais, apesar de haver controvérsia na doutrina⁷¹⁰, parece-nos que a hipossuficiência refere-se não somente ao aspecto econômico, mas representa na verdade a desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor⁷¹¹. Dessa forma, podemos concluir que se trata de conceito ligado não exclusivamente ao poder econômico, mas ao monopólio da informação de modo que se vincula predominantemente ao maior poder de informação que o fornecedor tem em relação ao consumidor⁷¹².

O dispositivo, porém, não passou ileso às críticas da doutrina, notadamente quando, por meio de interpretação literal, possibilitou a inversão do ônus da prova a partir da constatação isolada da verossimilhança das alegações do consumidor, quando, na verdade, pelo princípio da boa-fé que deve nortear a relação jurídica processual, essa alegação sempre deveria ser verossímil, motivo pelo qual se chegou a sustentar a necessidade da cumulação desses dois requisitos⁷¹³. Veja-se que os próprios autores do projeto que deu origem ao CDC já afirmavam que a verossimilhança não enseja verdadeira inversão do ônus da prova, antes, o magistrado, com o auxílio das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes⁷¹⁴. Todavia, essa

⁷⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179.

⁷¹⁰ Havia autores que consideravam hipossuficiente aquele cuja situação econômica não lhe permitia pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1995 p. 734.

⁷¹¹ GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, setembro-dezembro/1996.

⁷¹² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, n. 917, p. 181-182, março de 2012.

⁷¹³ GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, 1996.

⁷¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI,

tese não prevaleceu no Brasil e hoje se encontra tranquilo o entendimento segundo o qual verificada a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência pelo juiz a inversão do ônus da prova estará autorizada.

Entretanto, essa não parece não ser a melhor solução, inicialmente em virtude da quantidade imensa de ações judiciais que são distribuídas todos os dias no Brasil invocando-se esse benefício – muitas vezes sem qualquer amparo fático – implicando certa medida na banalização do instrumento, sendo necessária uma reflexão sobre o assunto, cujo momento se encontra bastante oportuno, dada a entrada em vigor do CPC/2015 que modificou a distribuição do ônus da prova conforme já consignado.

Se de um lado, ao magistrado é facultado conceder de ofício a inversão do ônus da prova, por outro lado, atualmente, não se pode admitir o deferimento automático de um pedido de inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor, com base no art. 6º, VIII, do CDC, simplesmente baseada na hipossuficiência do consumidor ou na verossimilhança de suas alegações, sem maiores reflexões, mas se deve analisar minuciosamente caso a caso se esse cidadão efetivamente não dispõe de condições satisfatórias de produzir a prova necessária para sua alegação.

O fato é que por opção do legislador cuida-se de regra que se encontra limitada pela atuação do juiz, ou seja, a inversão não é automática, pois depende de decisão judicial fundamentada. Então, o dispositivo é muito claro ao estabelecer que a escolha pela inversão do ônus da prova nesse caso depende do critério do juiz, motivo pela qual a doutrina majoritária tem entendido com razão que se trata de inversão *ope judicis* do ônus da prova e não *ope legis*⁷¹⁵, de forma que sustentamos que mesmo diante da hipossuficiência do consumidor ou dada à verossimilhança de suas alegações se ele possuir condições favoráveis para a produção da prova não deve ocorrer a inversão do ônus da prova e isso não estará em confronto

Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1995 p. 733.

⁷¹⁵ Sustentando tratar-se de inversão *ope legis* do ônus da prova. GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, 1996.

absolutamente com os objetivos perseguidos pelo CDC, pois uma vez constatado no caso concreto que não existe a desigualdade abstratamente pressuposta pelo legislador para a produção de um fato não há necessidade de aplicação do dispositivo.

Podemos ainda citar outras três cautelas que devem ser observadas pelo magistrado para legitimar a inversão do ônus da prova.

O primeiro é a necessidade de que a inversão do ônus da prova opere sobre o fato (ou fatos) a respeito do qual se verifique a assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor, ou seja, é preciso haver uma ligação entre o fato alegado e o déficit informativo do consumidor, razão pela qual não se justifica uma inversão genérica do ônus da prova em desfavor do fornecedor, sob pena de nulidade por violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa⁷¹⁶.

O segundo requisito, de cunho negativo, é a impossibilidade de exigir da parte que produza prova contra si mesma (princípio *nemo tenetur se detegere*), consagrado no art. 379 do CPC/2015 bem como no Pacto de São José de Costa Rica (art. 8º, §2º, alínea "g").

A inclusão desse modelo configurou na verdade em importação do preceito consagrado no processo penal, razão pela qual, diante das diferenças existentes entre a tutela da liberdade e outros direitos de cunho eminentemente civis, compete ao juiz avaliar caso a caso de maneira minuciosa, mas à luz do sistema cooperativo que foi implementado pelo CPC/2015, com o objetivo de evitar que essa alegação torne-se uma arma para manobras indevidas pelas partes. Em outras palavras, é necessária a atuação concreta do magistrado, caso a caso, para verificar se a inversão do ônus da prova implicará em produção de prova contra a própria parte.

Por fim, o terceiro requisito, também de ordem negativa, é que a inversão do ônus da prova não enseje para a parte a produção de prova diabólica, ou seja, prova impossível de ser concretizada ou excessivamente

⁷¹⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, n. 917, p. 175-202, março de 2012.

oneroso à parte arcar com o encargo, nos termos do art. 373, §2º, do CPC/2015⁷¹⁷.

Em Portugal, podemos extrair das normas de regência sobre o assunto alguns requisitos: a) no caso de convenção das partes, o art. 344º do CCpt estabelece a necessidade de convenção válida, ou seja, deve o magistrado apurar previamente se o ajuste entabulado pelas partes mostra-se válido; b) na hipótese de impossibilidade de produção da prova pelo onerado em face de conduta da parte contrária, a jurisprudência tem entendido a necessidade de dois requisitos: 1º) que a prova de determinada factualidade, por ação – comissiva ou omissiva – da parte contrária se tenha tornado impossível de fazer; 2º) que tal comportamento, da mesma parte contrária, lhe seja imputável a título culposos⁷¹⁸. Todavia, neste caso, podemos acrescentar a necessidade de demonstração de que o fato inviabilizado efetivamente configura-se como decisivo para a apuração do fato principal⁷¹⁹.

4.3 A SOLUÇÃO PARA A REPARTIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO COLETIVO

Pelo exposto até o momento, percebemos que a doutrina majoritária no Brasil – no que foi seguido pela maioria dos tribunais brasileiros – consagrou que no processo coletivo a repartição do encargo probatório deve seguir a regra estática descrita no art. 373 do CPC/2015 com a possibilidade de convenção das partes em sentido contrário bem como de distribuição dinâmica do ônus da prova, essas duas últimas soluções depois da vigência do CPC/2015. Essa solução fundamenta-se na disposição contida no art. 19 da LACP, segundo a qual; “aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela

⁷¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 126.

⁷¹⁸ Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação n. 7371/2007-1, Relatora: Maria Rosário Barbosa, julgado em 19-02-2008.

⁷¹⁹ FREITAS, José Lebre de. MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 463.

Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”. Além disso, a doutrina tem entendido que a ação civil pública deve seguir o rito ordinário previsto no CPC/2015⁷²⁰.

Neste instante, porém, torna-se necessária a reflexão sobre a possibilidade de mudança de paradigma, de forma a adotar-se outra solução para a questão da repartição do encargo probatório no processo coletivo.

Esse questionamento, porém, não se apresenta no ordenamento jurídico português em virtude da clareza do sistema construído a partir das normas contidas no CCpt e no CPCpt já analisadas anteriormente, apesar de existirem outras reflexões pertinentes que serão objeto de estudo adiante.

4.3.1 Razão de ordem: a interpretação em auxílio da investigação⁷²¹

Admitir a possibilidade de um novo regramento para a repartição do encargo probatório no processo coletivo também depende da avaliação de alguns aspectos da hermenêutica, especialmente da interpretação das normas jurídicas que circundam a tutela dos interesses supraindividuais porque no Brasil e em Portugal não existe código de processo coletivo regulamentando a repartição do encargo probatório e as leis que tratam desses interesses não apresentam solução clara.

No Brasil, como em Portugal, o legislador apenas previu nas leis de regência da tutela coletiva a possibilidade de acerto da relação jurídica de direito material entre as partes com o emprego do processo conhecimento o que acarretou o consequente emprego das regras de repartição do ônus da prova ligadas ao processo individual.

Com efeito, as leis são formuladas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, mas em sentido amplo, motivo pelo qual não descem a minúcias, razão pela qual incumbe

⁷²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 109.

⁷²¹ Sobre os métodos interpretativos vide SANTOS, Marcus Gouveia dos. *Ativismo judicial e direitos sociais*. RJLB, ano 2 2016, n. 2, p. 954-956.

ao intérprete a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto para possibilitar a fixação do alcance da regra.

Na consecução desse objetivo, o intérprete possui a sua disposição a hermenêutica, destinada ao descobrimento e fixação dos princípios que poderão ser empregados pelo intérprete na atividade chamada interpretação.

Interpretar, portanto, é explicar, esclarecer, dar significação a um vocábulo, reproduzindo um pensamento exteriorizado por outras palavras.

Em seguida analisaremos os ensinamentos de Hans Kelsen a respeito da interpretação da norma jurídica⁷²².

O autor entende que a interpretação é a “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” e explica que essa relação se estabelece entre a Constituição e a lei ou entre a lei e a sentença judicial, ou seja, cuida-se de relação de determinação ou vinculação, pois a norma do escalão superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma do escalão inferior.

Entretanto, o autor supracitado ensina que a determinação jamais é completa porque a norma do escalão superior não pode vincular todas as direções ou aspectos da inferior de modo que deve existir uma margem, maior ou menor, de livre apreciação, isto é, a norma de escalão superior tem sempre o caráter de um quadro ou moldura a preencher pelo ato de produção normativa ou de execução que se aplica. Dessa maneira, todo ato jurídico em que o Direito é aplicado é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.

A indeterminação, que pode ser intencional, ou seja, encontrar-se na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar, pode dizer respeito tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada.

Por outro lado, porém, a indeterminação pode ser não intencional, por ser a consequência da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada ao ato em questão e pode decorrer: a) da pluralidade de

⁷²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 387-397.

significações de palavras em que a norma se exprime, possibilitando um sentido verbal variado da norma que não é unívoco, e que autoriza a investigação a partir de outras fontes, diversas da expressão verbal da norma, podendo ensejar a presunção de que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma; b) da consequência do fato de duas normas, com valor simultâneo, contradizerem total ou parcialmente.

A partir dessas hipóteses de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, Hans Kelsen oferece algumas possibilidades à aplicação jurídica. Segundo o autor, o Direito ao ser aplicado, forma uma moldura dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito, todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura.

Significa que o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, em consequência, o conhecimento das diversas possibilidades que dentro desta moldura existem.

Em assim sendo, elimina-se a obrigatoriedade de a interpretação de uma lei conduzir a uma única solução como sendo a única correta, pois possivelmente haverá várias soluções cabíveis.

Por essa razão Hans Kelsen entende que não é possível, a partir do emprego da interpretação, extrair da Constituição as únicas leis corretas e também não podemos obter as únicas sentenças corretas a partir da lei, razão pela qual conclui que o juiz, no exercício de sua função, é relativamente livre na criação do Direito.

Conclui então o autor que a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica porque cria o Direito, mesmo que apenas em um caso concreto, o que pode ensejar a criação de um Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.

No caso concreto, a repartição do encargo probatório no processo coletivo não se encontra regulamentada pela legislação, seja no Brasil ou em Portugal, e o legislador desses países limitou-se a possibilitar o acerto da relação jurídica de direito material entre as partes por meio do processo de conhecimento.

Essa alternativa ensejou a conclusão da doutrina no sentido de que a repartição do encargo probatório no processo coletivo segue as normas estabelecidas para o processo individual, o que faz todo sentido.

Todavia, Hans Kelsen ensina que não há determinação completa entre a sentença judicial e a lei porque a lei não pode vincular todas as direções ou aspectos da sentença havendo margem de livre apreciação.

Nesse sentido, diante da omissão legislativa ao juiz abre-se claramente a possibilidade do emprego da interpretação da norma jurídica para viabilizar a correta repartição do encargo probatório no processo coletivo, viabilizando o correto preenchimento da moldura citada por Hans Kelsen em sua obra.

Essa tese justifica, ainda, pela conclusão apresentada pelo autor no sentido de que não há obrigatoriedade de interpretação unívoca da norma jurídica diante da possibilidade de outras soluções possíveis.

Além disso, mostra-se relevante apresentar um pequeno resumo da visão de Ronald Dworkin sobre a questão da integridade no Direito enquanto elemento relevante na consecução do raciocínio jurídico apresentado nesta pesquisa⁷²³. Para o autor, “o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”.

Dessa maneira, de acordo com a noção de Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, de princípios de justiça, equidade e devido processo legal, o que implica reconhecer que o Direito como integridade é mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo.

De acordo com o autor, no convencionalismo exige-se do juiz que estude os repertórios jurídicos bem como os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo, entretanto, a partir do momento em que o juiz aceita o convencionalismo como guia, não terá

⁷²³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-331.

outras oportunidades de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos.

Quanto ao pragmatismo, Ronald Dworkin assevera que exige que os juízes pensem de maneira instrumental sobre as melhores regras para o futuro, o que poderá exigir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica, mas novamente não será admitido ao juiz que empregue o pragmatismo interpretar a prática jurídica em sua totalidade.

Diferente ocorre com o Direito como integridade, que segundo o autor é produto da interpretação abrangente da prática jurídica, mas também sua fonte de criação, e na decisão de casos difíceis, possibilita ao juiz a interpretação contínua do mesmo material que ele mesmo afirma ter interpretado com sucesso, oferecendo-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.

No caso desta investigação, portanto, de acordo com a noção de integridade no Direito de Dworkin, o juiz encontra-se autorizado a empregar uma nova reflexão sobre a interpretação das normas jurídicas que estabelecem a repartição do encargo probatório no processo coletivo.

Ainda resta a análise da obra de Carlos Maximiliano, em relação à vontade do legislador e às atribuições do juiz moderno⁷²⁴.

O autor lembra que a lei não possui personalidade física individual, cujo pensamento e vontade seria possível conhecer sem custo antes, não só porque a lei é obra de vários espíritos, cujas ideias se fundem em um conglomerado difícil de decompor, como também porque emendas e projetos surgem nas câmaras e são aprovados sem, contudo, existir qualquer justificativa.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano refere-se à evolução da sociedade que acaba por influenciar a visão da lei em seu contexto histórico, ou seja, o homem de hoje não enxerga os fatos do passado da mesma maneira que seus antecessores, o que pode resultar na diferença de análise de certos argumentos que são considerados à luz das ideias das épocas de suas análises.

⁷²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 15-32 e 48-53.

Carlos Maximiliano assevera que a busca pelo intento do legislador, embora útil, nem sempre se mostra realizável, e como se constitui apenas um dos elementos da Hermenêutica – mas, não o único, nem o principal ou mais profícuo – serve de base ao processo histórico, de menor eficiência que o sistemático e o teleológico.

Por essas razões, o autor destaca que a doutrina empenhada em descobrir e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador, vem caindo em descrédito, notadamente porque a interpretação deve ser, antes, sociológica e não individual, o que nos conduz ao segundo ponto de sua obra que merece análise a esta altura: as atribuições do juiz moderno.

Segundo o autor, não se pode limitar muito o papel do juiz em face dos Códigos, pois a sua função, como intérprete e aplicador do Direito, é fundamentalmente vasta e complexa, independentemente de quais sejam as deficiências dos textos positivos, em virtude de seu dever institucional de decidir.

Nesse sentido, a atuação concreta e criativa do juiz possibilitaria o aperfeiçoamento da legislação, através de uma obra de elegância moral e útil à sociedade, de cunho prático e humano, reveladora de bons sentimentos e de conhecimento das realidades duras da vida, assumindo o papel de verdadeiro sociólogo, em contraposição a uma atuação fria e mecânica de aplicador da lei.

A lição de Carlos Maximiliano nos proporciona concluir que a omissão do legislador em relação à repartição do encargo probatório no processo coletivo, admite a atuação criativa do juiz em busca da interpretação que melhor se amolde à finalidade perseguida pela demanda que é, primordialmente, a tutela dos interesses supraindividuais.

As demandas de massa atualmente encontram-se num plano de importância e de discussão muito superiores ao tempo da edição da LACP, do CDC e da Lei n. 83/95, razão pela qual não se pode mais enxergar a omissão legislativa como outrora, especialmente no caso do Brasil em que sobreveio recentemente o CPC/2015 modificando substancialmente as regras de distribuição do ônus da prova.

4.3.2 A inversão do ônus da prova como regra na repartição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro

Com efeito, defendemos que não mais se justifica a manutenção da ideia de incidência da regra estática de distribuição do ônus da prova consagrada no CPC/2015 no processo coletivo brasileiro como norma de regência.

A uma, o seu fundamento, ou seja, o art. 19 da LACP foi incluído no ordenamento jurídico no ano de 1985, época na qual ainda não existia o microsistema jurídico fundado a partir da vigência do CDC, no ano de 1991.

Em assim sendo, mostra-se claro que houve modificação no sistema da tutela dos interesses supraindividuais e ao intérprete compete levá-la em consideração no momento de estabelecer as diretrizes para a repartição do ônus da prova.

A duas, não se mostra aceitável a adoção de regra de repartição do encargo probatório no processo coletivo com base num dispositivo isolado quando a noção do processo coletivo brasileiro passa necessariamente pela composição de diversos dispositivos legais e pela consideração de um microsistema jurídico, tese que se fundamenta no art. 21 da LACP. Esse microsistema utiliza-se do diálogo das fontes, por intermédio de um diálogo sistemático e coerente, visando à harmonia e a integração das normas que regulam o processo coletivo⁷²⁵. O diálogo das fontes consiste em empregar normas variadas para resolver os conflitos, que “dialogam” em busca do melhor resultado, do resultado mais justo segundo a Constituição⁷²⁶, conforme expressamente previsto no art. 7º do CDC⁷²⁷.

Significa que na hipótese de ajuizamento de uma ação civil pública, o intérprete deverá verificar primeiramente na LACP, se existem normas

⁷²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 126.

⁷²⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p. 28-29.

⁷²⁷ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

que podem ser aplicadas à distribuição do ônus da prova no processo coletivo; em seguida, investigar no Título III do CDC se é possível suprimir a lacuna; se não houver disposição legal deverão ser investigados o próprio CDC e os demais diplomas que integram o microssistema da tutela coletiva; por fim, não sendo suprimida a lacuna, aplica-se o CPC/2015⁷²⁸.

Depois de realizada essa operação, percebemos que no CDC existe norma processual que assegura a inversão do ônus da prova ao consumidor – art. 6º, VIII – mas diante de sua especificidade, a doutrina majoritária tem entendido que não existe norma no microssistema do processo coletivo que detalhe a distribuição do ônus da prova, o que tem levado ao entendimento no sentido de que deve haver a adoção subsidiária do CPC/2015⁷²⁹, que não integra o microssistema de processo coletivo, dada sua abrangência individualista⁷³⁰.

Todavia, parece-nos claro que essa solução não se harmoniza com o microssistema processual coletivo descrito anteriormente, razão pela qual não compartilhamos da conclusão empregada pela doutrina e jurisprudência majoritária brasileira.

A três, a superveniência do CPC/2015 estabeleceu a modificação substancial do regime de distribuição do encargo probatório e não há motivos plausíveis para a exclusão do processo coletivo dessa nova dimensão.

O legislador brasileiro optou por manter a regra estática de distribuição do ônus da prova no novo regramento processual civil, mas ao mesmo tempo consagrou expressamente a possibilidade de aplicação da carga dinâmica da prova, a partir da constatação de certos requisitos.

Essa opção legislativa inovou na ordem jurídica processual, pois o CPC/1973 não previa expressamente tal possibilidade, em que pese a doutrina e a jurisprudência já haverem construído a viabilidade de

⁷²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 56.

⁷²⁹ CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 422.

⁷³⁰ MORO, Cássio Ariel. *A distribuição do encargo probatório nos processos coletivos*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (Coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 45-74.

flexibilização das regras de distribuição do encargo probatório, a partir da interpretação sistemática de seus dispositivos, o que, porém, não era acolhido à unanimidade perante o Poder Judiciário.

A quatro, nesse contexto, criou-se a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova e o §1º do art. 373 previu expressamente o emprego dessa técnica “nos casos previstos em lei”, isto é, quando adotada a interpretação das normas integrantes do microssistema processual civil, o que inclui o art. 6º, VIII, do CDC, chega-se à conclusão de que houve modificação substancial da regra de distribuição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro.

A cinco, sustentamos que a regra descrita no art. 6º, VIII, do CDC, pode ser aplicada não apenas às demandas de consumo, mas também pode ser adotada pelo juiz como regra em relação a todos os feitos afetos à proteção descrita na LACP, como meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, além da tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística⁷³¹, apesar de haver posição na doutrina em sentido contrário⁷³².

O CDC e a LACP integram um microssistema, de modo que sua interpretação sistemática – e não analógica – indica a possibilidade de haver a inversão do ônus da prova nas ações coletivas sejam ou não relativas à relação de consumo desde que atendidos os requisitos legais, isto é, a hipossuficiência técnica do legitimado ativo e a verossimilhança de suas alegações cumulativamente, pois apesar de o art. 6º, VIII, do CDC, acolher a alternatividade dos requisitos, na verdade, tecnicamente, a verossimilhança não enseja a inversão do ônus da prova, conforme já consignado.

⁷³¹ ROSSI, Júlio César. *A distribuição do ônus da prova nas relações de direito privado: será preciso, mesmo, mudar?* Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 13, n. 51, p. 87-111, jul./set. 2012.

⁷³² Sustentando que no processo coletivo deve ser aplicada a regra estática de distribuição do ônus da prova em face do silêncio do legislador em relação a esse assunto, especificamente referente ao disposto no art. 21 da LACP, bem como em virtude da vedação do emprego da interpretação analógica, pois ensejaria restrição de direitos: RUSCH, Erica. *Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n. 168, p. 363-376, fev. 2009.

Em resumo, sustentamos que a repartição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro estabelece-se a partir dos seguintes fundamentos na ordem em que seguem⁷³³ depois de empregada a técnica descrita no item dois acima: 1º) art. 6º, VIII, do CDC como norma de regência, isto é, regra geral, desde que presentes os requisitos legais; 2º) não sendo possível a sua incidência, o juiz deve investigar a possibilidade de emprego do §1º do art. 373 do CPC/2015, aplicado subsidiariamente, com a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do encargo probatório, autorizando, também, a inversão do ônus da prova, mas sob novo fundamento; 3º) não havendo possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do encargo probatório, o juiz deve aplicar o art. 373, *caput*, do CPC/2015, com o emprego da regra estática de distribuição do ônus da prova.

E quais seriam os fundamentos da precedência da carga dinâmica sobre a regra estática? Em razão dos interesses tutelados no processo coletivo bem como em face da natureza das lides coletivas, de maior complexidade, não é incomum o legitimado ativo não possuir condições de provar os fatos alegados, o que poderia ensejar uma decisão futura injusta, acaso empregada a regra estática.

Nesse contexto, acolher pura e simplesmente a regra estática de distribuição do ônus da prova não se mostra a solução mais apropriada, uma vez que o interesse público que cerca o processo coletivo deve fundamentar a participação efetiva do juiz na atividade probatória. Dessa forma, a regra estática pode mostrar-se insuficiente para assegurar às partes do processo coletivo justo e sua efetividade. A solução, então, passa a ser o emprego da carga dinâmica da prova pelo juiz, com precedência sobre a regra estática, o que poderá implicar, inclusive, mas não obrigatoriamente, na inversão completa do ônus da prova.

Com relação ao disposto no art. 38 do CDC, conforme consignado acima, cuida-se de regra especial de distribuição do ônus da prova e não espécie de inversão do ônus da prova, motivo pelo qual sua incidência, caso possível, precede a todas as demais normas descritas.

⁷³³ Esse regramento, porém, em qualquer caso, desde que verificados pelo magistrado os requisitos estudados acima.

Na jurisprudência do STJ, encontramos precedentes que corroboram a nossa tese.

A inversão do ônus da prova no processo coletivo, no âmbito de ação civil pública consumerista, tem sido admissível em prol do Ministério Público, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, com fundamento na busca pela concretização da melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e de seus titulares⁷³⁴.

Dessa forma, o STJ admitiu a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo coletivo, mas os arestos citados referem-se à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em benefício da coletividade de consumidores, o que, entretanto, não implica em motivos para conceder-se tratamento diferenciado apenas ao Ministério Público enquanto legitimado ativo para a propositura da ação civil pública, sob pena de violação do princípio da igualdade, razão pela qual esse entendimento deve ser estendido aos demais legitimados ativos.

Outro aspecto que merece relevo refere-se ao fundamento invocado pelos julgados para admitir a inversão do ônus da prova na ação civil pública, isto é, a “busca pela concretização da melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e de seus titulares”.

Nesse sentido, observamos que o fundamento empregado pelo STJ é de natureza eminentemente objetiva, isto é, não considerou o tipo de ação coletiva ajuizada, não relevou a natureza consumerista em torno da discussão e nem a legitimidade das partes do processo coletivo.

Dessa maneira, diante do fundamento invocado pelo STJ para admitir a inversão do ônus da prova em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em prol da coletividade de consumidores, admitimos a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo coletivo e a

⁷³⁴ STJ - REsp 1.253.672/RS, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/08/2011; AgRg no REsp 1.300.588/RJ, Relator: Min. CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2012; AgRg no REsp 1.241.076/RS, Relator: Min. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 09/10/2012; AgRg no REsp 1.318.862/BA, Relator: Min. ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 01/03/2016.

fundamentação defendida neste trabalho pode ter utilidade para o debate em torno da repartição do encargo probatório no processo coletivo.

Por outro lado, a par da ousadia de nossa proposição, não podemos afastar alguns questionamentos que apressadamente poderiam ser apresentados pelos céticos e que se resumiriam aos seguintes pontos: 1º) essa solução não se encontra contrária às disposições expressas dos arts. 19 e 21 da LACP? 2º) o recurso não implicaria a consagração de excesso interpretativo que conduziria à arbitrariedade por parte do juiz? 3º) a solução apresentada não implicaria a admissão do emprego do ativismo judicial?

Conforme consignado o art. 19 da LACP estabeleceu o emprego do CPC/1973 à ação civil pública naquilo em que não contrarie as suas disposições. Nesse passo, parece-nos claro que nos dias de hoje essa norma – que não foi derogada nem revogada pelo CPC/2015 – deve ser interpretada em harmonia com o novo sistema processual que foi introduzido pelo novo código porque efetivamente houve uma alteração substancial no sistema processual brasileiro, como restou muito claro na exposição acima, interessando ao nosso estudo, somente para exemplificar, a inserção do princípio da cooperação e da carga dinâmica da prova.

Então a nova leitura do art. 19 da LACP indica que se aplica o CPC/2015 à ação civil pública naquilo em que não contrariem as suas disposições e o art. 373, §1º, do CPC/2015 não se mostra contrário à possibilidade de inversão do ônus da prova tanto é verdade que previu expressamente a possibilidade de emprego da carga dinâmica da prova que poderá em tese ensejar, obviamente, a inversão do ônus da prova. Portanto, admitir a inversão do ônus da prova como regra no processo coletivo não se mostra contrário ao sistema que fora introduzido pelo novo código.

Quanto ao art. 21 da LACP, que estipula a aplicação do Título III do CDC à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é preciso distinguir duas situações.

Primeiro ponto, o legislador teve a intenção com essa previsão de estabelecer a proibição de aplicação das outras normas do CDC ao processo coletivo? Porque se a resposta a essa indagação for positiva então a solução

apresentada acima realmente violará esse dispositivo. Parece-nos que a solução para esse questionamento não pode se basear na interpretação literal desse dispositivo, mas empregar a interpretação sistemática e a teleológica.

Na verdade, o Título III do CDC estabeleceu regras gerais para a defesa do consumidor em juízo em relação às ações coletivas o que não significa a desconsideração das demais normas previstas no CDC. O legislador procurou apresentar um regramento mínimo a ser observado no processo coletivo, mas deixou aberta a possibilidade de interpretação, o que inclui o emprego de outras normas contidas no CDC e nos demais diplomas que integram o microsistema processual coletivo.

Essa é a ideia que se apresenta mais coerente com esse microsistema, pois admitir que o CDC unificou e harmonizou esse sistema, mas somente por meio do Título III, mas admitir que se apliquem em sua integralidade as demais normas contidas em outras legislações não faz o menor sentido. Nesse passo, existem normas dispersas pelo CDC, fora do Título III, que interessam diretamente ao processo coletivo, como o art. 6º, VIII, e art. 51, VI.

O primeiro, estabelecendo a regra de distribuição do ônus da prova por meio da inversão *ope judicis* e a segunda impondo a proibição de que a inversão ocasione prejuízo ao consumidor. Dessa forma, mesmo diante da previsão contida no art. 21 da LACP, o entendimento do microsistema jurídico processual do processo coletivo admite perfeitamente que essas normas sejam invocadas pelo juiz na repartição do encargo probatório em ações coletivas.

Segundo ponto, a redação contida no art. 21 da LACP indica que a aplicação do Título III do CDC destina-se à *defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais*, o que significa a nosso ver que devem ser prestigiadas as regras de proteção de direitos existentes no CDC fora desse Título III. Exemplificando, se um consumidor a título individual ajuíza ação alegando violação de seu direito, pode invocar a inversão do ônus da prova, como regra de instrução.

Portanto, se a coletividade de consumidores, por intermédio de algum legitimado, ajuizar ação civil pública perseguindo a proteção desse

mesmo direito, agora a título coletivo, não nos parece plausível excluir a possibilidade de invocação da norma contida no art. 6º, VIII, viabilizando a inversão do ônus da prova *ope judicis*, em benefício desse legitimado, simplesmente baseando-se o juiz na localização do dispositivo porque tal decisão implicaria na violação do princípio da igualdade. Representa que não apenas ao consumidor a título individual, mas também a título coletivo, deve ter assegurado o direito de ser analisada a possibilidade de inversão *ope judicis* do ônus da prova.

Poder-se-ia questionar o emprego da regra descrita no art. 6º, VIII, do CDC, em caso de ação civil pública ajuizada por legitimado na defesa de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo de outra natureza que não se relacionasse com o consumo, todavia, novamente não se mostra plausível permitir o argumento, dessa vez sob o fundamento de incongruência do microssistema jurídico processual coletivo porque não existe razão para a proteção do consumidor e a não proteção do cidadão teoricamente lesado no ambiente em ações coletivas. O sistema consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado e respeitado em sua integralidade e com harmonia, não havendo espaço para restrições injustificáveis ou baseadas em interpretações gramaticais.

Portanto, não vislumbramos que a nossa solução se encontre em contradição com as disposições contidas nos arts. 19 e 21 da LACP, o que, porém, nos leva à segunda indagação.

Com efeito, ao Poder Judiciário não é dada a oportunidade de não decidir, de modo que deve responder a toda demanda que se apresenta. Nesse sentido, a combinação de leis decorre da própria natureza do microssistema processual coletivo e da carência legislativa em matéria de repartição do encargo probatório que assola o processo coletivo. Em assim sendo, o sistema harmoniza-se em torno da conjugação das normas legais e nisso não há qualquer ilicitude por parte do juiz. Além disso, não se pode confundir a discricionariedade do magistrado na escolha da legislação aplicável com arbitrariedade.

Então, a questão que se apresenta é se essa atividade criativa do juiz não poderia encerrar indesejável arbitrariedade e conduzir à insegurança

jurídica. Parece-nos que a esse respeito o próprio CPC/2015 nos apresenta a resposta: o legislador optou pela adoção da regra estática de distribuição do ônus da prova no art. 373, mas a excepcionou de maneira expressa no §1º do mesmo dispositivo, admitindo a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Dessa maneira, o juiz hoje pode optar por excepcionar a regra e, em decisão fundamentada, flexibilizar a regra de distribuição do ônus da prova. E se o juiz entender caso a caso que a flexibilização atende aos interesses das partes, no sentido de viabilizar a correta repartição do encargo probatório, e passar a empregar a exceção como regra, estaria agindo com arbitrariedade? Sustentamos que a resposta só pode ser negativa. Se o juiz profere decisão fundamentada e flexibiliza a regra de distribuição do ônus da prova em quase 100% de seus processos, estará exercendo um juízo de discricionariedade permitido pela própria lei, às partes resta interpor o recurso cabível caso não estejam de acordo com a solução e ao Tribunal incumbe responder se houve acerto ou equívoco no emprego da exceção.

E essa atitude não poderia ensejar a insegurança jurídica? Por exemplo, numa mesma Comarca, com duas ou mais varas judiciais, um juiz poderia admitir a solução e inverter o ônus da prova em prol do legitimado na ação coletiva e o outro, de outra vara, não admitir em outra demanda. A nosso ver não há que se falar em insegurança jurídica. Com exceção das súmulas vinculantes, ainda resta significativa margem para o juiz adotar ou não a solução que se apresenta no caso da ação coletiva e nem por isso poder-se-á falar em insegurança jurídica. Insistimos em enfatizar que o microsistema processual coletivo não estará sendo violado e que o CPC/2015, enquanto norma residual, estabeleceu uma nova dinâmica na distribuição do encargo probatório e a opção do legislador por prever regra e exceção ainda vai implicar em muitas decisões judiciais diferentes pelos juízes.

A última questão que se apresenta pendente de solução refere-se ao ativismo judicial. A esse respeito, defendemos uma nova visão para o ativismo judicial, sob nova perspectiva, e não no sentido pejorativo que o termo ostenta há quase sete décadas.

Esta investigação dirige-se à proposição da adoção de novo paradigma na repartição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro com o emprego da inversão do ônus da prova *ope judicis* como regra, se possível, e, na sequência, não sendo admissível, empregar a distribuição dinâmica do ônus da prova e, por último, a regra estática de repartição. O seu fundamento é a interpretação sistemática e teleológica do microsistema jurídico processual que envolve o processo coletivo brasileiro.

Sem dúvida nenhuma que se cuida de solução ativista, no sentido de que acarreta em última instância, na prolação de decisão criativa notadamente porque não se admite que essa distribuição do ônus da prova no processo coletivo não prescindia de decisão fundamentada.

Todavia, em que pese a clareza na fundamentação apresentada, o que a nosso ver já seria suficiente para sustentar a nossa proposição, o fato é que essa conduta ativista sobrepõe-se ao indesejado passivismo que se consubstancia na mera repetição de normas jurídicas, sem maiores questionamentos ou reflexões o que não pode mais encontrar espaço no ordenamento jurídico.

Outro argumento que se apresenta neste instante para justificar a conduta ativista do juiz descrita acima se relaciona com o emprego de critérios preponderantemente legais. A existência do microsistema processual coletivo fundamenta-se essencialmente na legislação e sua edificação, apta a ensejar o seu próprio sentido, baseia-se na interpretação dessas normas pelo juiz.

Impõe reconhecer que a margem de criatividade do juiz, que consubstancia um dos pilares das críticas a sua conduta ativista, encontra-se bastante reduzida. Nesse contexto, o juiz deve ocupar o seu espaço enquanto intérprete da legislação, especialmente no caso do processo coletivo, no qual a carência de normas jurídicas sobre a repartição do encargo probatório mostra-se bastante visível. No desempenho de seu papel interpretativo, não há dúvida que o juiz se encontra autorizado a exercer o seu poder criativo a partir de construções coerentes e bem concatenadas.

Além disso, a conduta ativista que se propõe neste trabalho fundamenta-se, também, na relevância do tema que é objeto das ações coletivas, isto é, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Defendemos que estes serão os principais temas no futuro que serão levados à discussão perante o Poder Judiciário e dada a sua relevância, o juiz não pode permanecer inerte a essa discussão e passivo diante das graves implicações que suas decisões futuras, proferidas nessas ações coletivas, poderão ensejar para a coletividade.

Não se insinua com isso que se deva admitir qualquer forma de parcialidade do juiz, longe disso. Significa que a repartição do encargo probatório pelo juiz no processo coletivo deve receber a sua atenção de maneira concreta, ativa, pois não haverá espaço, não apenas para o *non liquet*, mas para decisões injustas, baseadas em conjunto probatório deficiente e originadas pela passividade do juiz. Sob essa ótica, o ativismo judicial mostra-se importante para a consecução do devido processo legal justo, que vai assegurar a paridade de armas às partes, consagrando o contraditório e a ampla defesa, sem que haja qualquer comprometimento da imparcialidade do juiz.

Aparentemente, porém, a saída perseguida pelo legislador brasileiro para o futuro parece ser diversa da solução acima porque se encontram em fase de estudo e tramitação algumas propostas de código de processo coletivo⁷³⁵ e em todos eles observamos claramente a iniciativa de consagração da carga dinâmica da prova como regra geral no processo coletivo⁷³⁶, de modo que a inversão do ônus da prova descrita no CDC não teria aplicação no processo coletivo diante, apesar de poder em tese conduzir a mesma consequência prática.

Por fim, identificamos outro desdobramento que se mostra perceptível motivo pelo qual merece esclarecimentos: defendemos que no Brasil não se pode admitir a inversão do ônus da prova no processo coletivo depois de adotada pelo magistrado a regra de distribuição dinâmica do ônus

⁷³⁵ Os quatro projetos encontram-se descritos na p. 26 deste trabalho.

⁷³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 334-335.

da prova, ou seja, não é possível a inversão dos ônus dinâmicos da prova, porque implicaria em atribuir ao menos capaz a produção da prova⁷³⁷.

Além disso, sustentamos ser perfeitamente admissível a convenção das partes no processo coletivo, por meio de negócio jurídico processual, para distribuírem de modo diverso o ônus da prova, mas novamente defendemos a possibilidade de controle por parte do magistrado, caso a caso, com o objetivo de verificar se efetivamente a proposta atende aos fins a que se destina a repartição do encargo probatório, sendo admissível a nosso ver a correção de eventuais perplexidades verificadas pelo juiz por meio do emprego da técnica descrita anteriormente caso verifique a invalidade ou ineficácia do negócio jurídico entabulado pelas partes.

Nesse passo, podemos afirmar que existe disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio coletivo pelo legitimado extraordinário, o que implica reconhecer a possibilidade de entabular a convenção processual, por exemplo, no bojo de termo de ajustamento de conduta⁷³⁸.

4.3.3 A repartição do encargo probatório no processo coletivo português e a impossibilidade de adoção da inversão do ônus da prova como regra

A solução para a repartição do encargo probatório no processo coletivo português parece-nos mais simples. Defendemos que deve ser aplicada a regra estática de distribuição do ônus da prova, conforme previsto no art. 342º do CCpt em virtude da inexistência do microssistema processual coletivo.

Todavia, mostra-se perfeitamente possível a convenção das partes sobre o encargo probatório, a teor do disposto no art. 345º do CCpt observadas as ressalvas previstas na norma.

⁷³⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 308, jun. 2012.

⁷³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 304.

O juiz ainda deverá analisar caso a caso que se encontra presente alguma hipótese que legitima a inversão do ônus da prova, a teor da disposição contida no art. 344º do CCpt.

Além disso, com exceção da convenção das partes, não existe a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova no processo coletivo português, em virtude da ausência de normas expressas ou suficientes para viabilizar uma interpretação nesse sentido. Nesse passo, conforme já restou consignado anteriormente, em Portugal a dificuldade da parte para a produção da prova, por si só, não é fundamento suficiente para autorizar a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Por outro lado, não podemos menosprezar a disposição contida no art. 411º do CPCpt, que se aplica ao processo coletivo, e segundo o qual “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

Significa que essa norma legitima a atuação concreta do juiz para a superação de um quadro de perplexidade diante da omissão das partes em relação a seu encargo probatório, não para modificá-lo expressamente, mas somente para determinar a produção das provas úteis à superação dessa perplexidade mediante o atendimento da regra estática de distribuição do ônus da prova descrita no art. 342º do CCpt, sendo que, ao final, se esse encargo não puder ser cumprido satisfatoriamente pela parte de acordo com a regra geral defendemos que o magistrado deverá proceder ao julgamento com base na regra de distribuição do ônus da prova.

Outra possibilidade que se abre ao magistrado é conjugar as normas descritas no CPCpt: art. 411º, art. 7º, 2⁷³⁹ (princípio da cooperação) e art. 417º, 1 e 2⁷⁴⁰ (dever de cooperação para a descoberta da verdade), e

⁷³⁹ 2 — O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

⁷⁴⁰ 1 — Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. 2 — Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o

convidar as partes para a celebração de uma convenção sobre a repartição do ônus da prova, de maneira diversa da regra geral, estimulando as partes a entabularem o negócio jurídico processual para o fim de superar o quadro de perplexidade verificado com o emprego da regra estática, mas essa proposição, além de ser possível somente caso a caso e, ainda, segundo a convicção do juiz, esbarra no inconveniente de que as partes não estarão obrigadas a aceitar o ajuste.

recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo procuramos analisar a repartição do encargo probatório no processo coletivo, no Brasil e em Portugal, e diante de tudo que foi exposto podemos extrair algumas conclusões:

1. Os ordenamentos jurídicos devem estar sensíveis ao acréscimo de litígios entre os seres humanos, especialmente no plano da litigiosidade supraindividual, e precisam procurar estabelecer soluções que permitam o acesso efetivo à justiça viabilizando a tutela dos interesses supraindividuais.

2. A fórmula empregada pelo legislador brasileiro para diferenciar as categorias dos interesses supraindividuais encontra-se descrita no art. 81, parágrafo único, do CDC, e serviu de inspiração ao legislador português.

3. Em Portugal, existe um instrumento por excelência – a ação popular, com fundamento no art. 52º, n. 3, da Constituição e regulada pela Lei n. 83/95 – para a defesa de interesses ligados ao patrimônio público, compreendendo o patrimônio cultural, e a outros bens comunitários, ao passo que, no Brasil, há duas vias processuais que podem ser empregadas para esse fim: 1ª) ação popular, regulamentada pela Lei n. 4.717/65, para defesa do patrimônio público em sentido lato e da moralidade administrativa; 2ª) ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/85, para defesa de todo e qualquer interesse ou direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

4. Existe um microssistema processual coletivo no Brasil, inexistente em Portugal, que visa à tutela dos interesses transindividuais e interdisciplinar composto pela lei de improbidade administrativa, lei da ação civil pública, lei da ação popular, lei do mandado de segurança coletivo, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso.

5. O microssistema processual coletivo surgiu no Brasil a partir da vigência do CDC que atuou como agente unificador e harmonizador para a tutela coletiva.

6. No Brasil, assim como em Portugal, inexistem normas específicas em matéria processual com relação à repartição do ônus da prova no processo coletivo, seja em virtude da inexistência de um código de processo coletivo seja em razão da lacuna existente nas normas que regulamentam o processo coletivo desses países.

7. Em ambos os países, observamos a tendência pelo ajuizamento de ações de conhecimento para o acerto da relação jurídica de direito material supraindividual para, posteriormente, viabilizar eventual ação executiva.

8. Em consequência, tem-se adotado a regra estática de distribuição do ônus da prova prevista no CPC e no CCpt, respectivamente.

9. Implica reconhecer a influência das noções aplicáveis ao processo individual para estabelecer o entendimento da tutela coletiva, tais como a prova, destinatário, objeto, finalidade e necessidade.

10. Prova jurídica, judicial ou processual devem ser compreendidas como a demonstração da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo, a partir das normas aplicáveis e de um procedimento legal.

11. O destinatário da prova é o juiz, pois a primeira destina-se a produzir o convencimento do segundo a quem incumbe a sua valoração fundamentada.

12. O objeto da prova deve dirigir-se para os fatos porque se as provas giram em torno de afirmações de fato, elas recaem diretamente sobre os próprios fatos afirmados.

13. Nem todo fato alegado pelas partes deverá ser objeto de prova, pois somente aqueles que forem considerados controvertidos e relevantes pelo magistrado deverão ser objeto da investigação, ou seja, o fato pertinente ao aspecto controvertido da demanda e cuja existência ou não influencie o pronunciamento judicial.

14. A prova encerra a finalidade de convencimento do magistrado porque a ele incumbe o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, solucionando a demanda que lhe é apresentada e entregando às partes a prestação jurisdicional.

15. A necessidade da prova relaciona-se intrinsecamente com sua relevância ou importância, de modo que estão excluídos desse tema não apenas os fatos que não interessam para a solução da controvérsia como também aqueles que independem de prova.

16. Encontra-se ultrapassada a perspectiva totalmente privatística do processo, o que indica a necessidade de participação mais efetiva do juiz, eliminando a figura do juiz espectador, dada à visão publicista do fenômeno processual.

17. Atualmente vigoram *modelos mistos* para indicar os ordenamentos jurídicos nos quais existe previsão de poderes instrutórios mais ou menos extensos ao juiz, considerada a possibilidade das partes de apresentarem todas as provas admissíveis e relevantes à apuração dos fatos.

18. O ativismo judicial consiste na conduta do juiz que busca suprir omissões dos demais Poderes, sejam reais ou aparentes, por meio de suas decisões, que tornam jurídicos assuntos de natureza política, bem como quando se encontra propenso mais do que a média a considerar o peso da justiça em relação à legitimidade, à segurança, à igualdade e à prudência, ou seja, o juiz que é susceptível a implantar frequentemente doutrinas.

19. Ativismo judicial não necessariamente conota má-fé do juiz, pois sua motivação ativista pode estar voltada para a sua crença de que as regras existentes no ordenamento jurídico não são suficientes para a obtenção dos bons resultados que o ativismo judicial pode proporcionar.

20. Não procede a visão de que o juiz ativista é sempre arbitrário e autoritário, uma vez que são noções que implicam desprezo às regras do direito, mas o juiz ativo atua fundamentado na norma e objetiva alcançar os fins da jurisdição, que acabam sendo os próprios fins do Estado, voltados para a paz social.

21. Atualmente exige-se a participação efetiva do juiz na dilação probatória, não se admitindo a figura do juiz “estátua” nem burocrata que executa mecanicamente suas atividades.

22. Para viabilizar o envolvimento do juiz, o legislador ampliou os seus poderes instrutórios atribuindo-lhe verdadeiro poder-dever na iniciativa probatória.

23. A participação efetiva do juiz na instrução probatória não implica violação de sua imparcialidade pelos seguintes motivos: a) o juiz utiliza o seu poder instrutório em prol do processo e no interesse do próprio Estado e não para beneficiar autor ou réu, possibilitando, assim, a correta aplicação do direito material ao caso concreto, assegurando a igualdade entre as partes e o exercício do contraditório efetivo, sob pena de nulidade de sua decisão; b) em favor do juiz prevalece a presunção de que se encontra habilitado a valorar a credibilidade da prova que determinou a produção, inclusive de ofício, bem como a assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa; c) os poderes instrutórios são outorgados ao juiz pelo próprio legislador, isto é, a partir da presunção de que está sendo entregue a pessoas capacitadas e que será empregado de maneira adequada e racional, de forma que não se mostra plausível afirmar peremptoriamente que esse poder será sempre empregado em meio à indesejável parcialidade por parte de seu detentor.

24. O ativismo judicial em matéria probatória encontra-se no art. 370 do CPC/2015 e no art. 411º do CPCpt.

25. O poder do juiz de ordenar de ofício a produção de provas não é ilimitado, pois no Brasil encontra limite na preclusão *pro judicato*, ou seja, encerrada a instrução processual não é dada ao juiz a oportunidade de determinar a produção de outras provas devendo empregar as regras do ônus da prova para proferir seu julgamento em caso de deficiência do conjunto probatório, pelos seguintes fundamentos: a) não admitida a existência de poderes ilimitados do juiz; b) autorizar o juiz a determinar a produção de provas depois de encerrada a instrução processual poderia gerar um incentivo ao descumprimento dos ônus processuais pelas partes em matéria probatória; c) outra solução poderia violar o princípio da duração razoável do processo.

26. Outros limites aos poderes instrutórios do juiz são: a) elementos objetivos da demanda, pois à luz do princípio da correlação ou adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir, isto é, o juiz não pode buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório; b) obediência ao contraditório e ampla defesa; c) necessidade de

fundamentação da decisão judicial que determina a produção da prova; d) garantias das partes, notadamente a imparcialidade do tribunal; e) possibilidade de controle pela via recursal; f) obediência aos mesmos limites que são impostos às partes pela ordem jurídica em sua iniciativa probatória, por exemplo, a produção de provas úteis, adequadas e possíveis.

27. Diferentemente, o CPCpt não deixa margem de dúvida que em regra não há preclusão para o juiz, ao estabelecer em seu art. 607º, 1, a possibilidade de reabertura da audiência quando o juiz não se julgar suficientemente esclarecido

28. Existe uma estreita relação entre a dilação probatória no processo coletivo e o ativismo judicial, dada à possibilidade de o juiz suprimir lacunas na lei por intermédio de seu poder criativo, com o objetivo de regular o conflito que lhe foi submetido à apreciação e, assim, viabilizar o efetivo exercício da jurisdição.

29. Ao juiz, abre-se a possibilidade de estabelecer os critérios interpretativos que deverão ser empregados na dilação probatória a partir das normas que se encontram espalhadas pelas leis que regem o processo coletivo e subsidiariamente pelo CPC/2015 ou CCpt.

30. As partes têm assegurado o direito constitucional - e não poder – de produzir provas pelos seguintes motivos: a) são sujeitos de direitos e deveres processuais; b) a Constituição não previu norma outorgando poderes às partes; c) a parte não tem o dever de produzir prova, somente o ônus processual; d) o poder é irrenunciável por parte de seu detentor, mas os direitos processuais costumam ser renunciáveis; e) as partes não podem sujeitar o juiz no curso do processo.

31. O direito de provar decorre principalmente dos seguintes princípios consagrados em normas constitucionais: a) devido processo legal; b) inafastabilidade da jurisdição; c) contraditório e ampla defesa; d) isonomia entre as partes.

32. Segundo o princípio da relevância, é preciso haver uma seleção preliminar dos fatos juridicamente relevantes que devem ser objeto da prova pelas seguintes razões: a) a busca pela duração razoável do processo; b) o magistrado não pode determinar de ofício, que se produza toda e qualquer

prova que desejar, sob o risco de transformar o processo numa forma de inquisição; c) proteção de valores gerais ou interesses individuais específicos merecedores de atenção especial como os direitos fundamentais.

33. A seleção preliminar das provas deve obedecer a dois critérios: a) a relevância dos elementos de prova; b) as normas que determinam quais provas são juridicamente admissíveis.

34. O princípio da atipicidade da prova, também chamado de princípio da não taxatividade ou da liberdade da prova, significa a autorização conferida para que outros modos de prova sejam empregados além daqueles previstos na lei.

35. O direito à prova contém limites impostos pela proteção de direitos de terceiros, limites esses consubstanciados nas chamadas provas proibidas, ou seja, provas que são materialmente lícitas, mas processualmente proibidas – que podem ensejar a proibição de produção ou de valoração – ou provas que são material e processualmente proibidas – que não devem servir de fundamento para qualquer decisão judicial.

36. Depois de introduzida no processo, a prova encontra-se apta a gerar efeitos para todos os sujeitos do processo, indistintamente, inclusive para quem não possuir qualquer relação com a produção da prova o que caracteriza a eficácia da prova ou aptidão para gerar efeitos no caso concreto, ou seja, pelo princípio da comunhão e aquisição da prova, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu.

37. Atualmente, encontram-se superados os modelos adversarial e inquisitorial que cederam lugar ao modelo cooperativo de processo, elevado ao patamar de pilar principiológico dos ordenamentos jurídicos processuais do Brasil e de Portugal.

38. No modelo cooperativo, ocorre o redimensionamento do princípio do contraditório porque o juiz é incluído no rol dos sujeitos do diálogo processual, deixando a posição de espectador ou único condutor do procedimento, estabelecendo uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre os sujeitos processuais.

39. Os deveres cooperativos das partes podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção. O dever de esclarecimento significa que as partes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia. O dever de lealdade impõe às partes a obrigação de conservar a lealdade processual de modo a evitar a litigância de má-fé (arts. 79 a 80 CPC/2015) bem como observar o princípio da boa-fé processual. O dever de proteção indica que a parte não pode causar danos ao adversário.

40. Para o juiz, o princípio da cooperação gera os seguintes deveres: dever de esclarecimento; dever de consulta; dever de prevenção; dever de auxílio; dever de diálogo. O dever de esclarecimento significa que o tribunal deve obter junto às partes os esclarecimentos necessários para sanar eventuais dúvidas sobre as suas alegações com o objetivo de evitar decisões baseadas em percepções equivocadas ou apressadas. O dever de consulta consiste na vedação ao órgão jurisdicional de proferir decisão com base em questão de fato ou de direito sem que sobre elas sejam as partes intimadas previamente e objetiva, em última análise, evitar a decisão-surpresa. De acordo com o dever de prevenção, o magistrado deve apontar as deficiências das postulações das partes evitando-se o uso inadequado do processo. O dever de auxílio significa que o tribunal tem a obrigação de auxiliar as partes na eliminação das dificuldades ao exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais. O dever de diálogo significa a exigência de o magistrado consultar as partes antes de decidir qualquer questão, possibilitando assim que essas manifestações o influenciem a respeito da decisão a ser proferida no processo.

41. Existe uma estreita relação entre o direito de produzir prova e o modelo cooperativo que decorre da previsão dos códigos de processo civil do Brasil e de Portugal que se resumem de um lado, o dever de as partes e de terceiros colocarem-se à disposição do juiz para viabilizarem a produção da prova; por outro lado, não impedirem que cheguem ao juiz os dados relevantes para o julgamento da causa.

42. O modelo cooperativo também impõe a participação do juiz na dilação probatória por meio de dispositivos legais inseridos nos códigos de processo civil do Brasil e de Portugal estabelecendo algumas formas de sua atuação.

43. O descumprimento do dever de cooperação gera para as partes consequências que se encontram previstas na lei processual civil, especialmente a possibilidade de imputação de multa.

44. Em regra o incumprimento do dever de cooperação pelo juiz possibilita somente a interposição do recurso cabível perante o Tribunal competente e, em alguns casos, tem sido declarada a nulidade do processo.

45. O modelo processual cooperativo, por si só, não é a solução para a morosidade do processo no Brasil pelas seguintes razões: a) não existe um modelo puro, mas modelos mistos de organização do processo com a preponderância do cooperativo, conforme se pode extrair das normas descritas no CPC/2015; b) a cooperação pode acarretar no aumento do tempo de tramitação do processo judicial diante dos deveres cooperativos das partes que devem ser cumpridos.

46. O ônus da prova é a atividade facultativa da parte, prevista na lei, de fornecer elementos para provar os fatos alegados necessários para que o juiz possa decidir a causa, incorrendo o faltoso no risco de assumir as consequências quando omitir-se ou não lograr realizar essa prova.

47. O ônus da prova pode ser dividido em subjetivo e o objetivo. Ônus da prova subjetivo significa a presença de uma norma de conduta para as partes e estabelece quais os fatos convém que sejam provados no processo com o fim de obterem uma decisão favorável a suas pretensões. Em seu aspecto objetivo, o ônus da prova indica uma regra geral de julgamento segundo a qual na falta da prova dos fatos que fundamentam o litígio, o juiz deve proferir sentença desfavorável à parte que não obteve êxito no seu encargo.

48. A repartição do ônus da prova indica que as partes devem ter conhecimento prévio, anterior ao julgamento, de suas atribuições voltadas à produção das provas, oportunizando previamente o cumprimento ou não do encargo, de modo a legitimar as futuras consequências do incumprimento ou

do cumprimento defeituoso, evitando-se, assim, a surpresa ou a arbitrariedade por parte do julgador.

49. No Brasil, no processo individual, o ônus da prova pode ser atribuído, como regra, pelo legislador (critério estático de distribuição do ônus da prova), e, excepcionalmente, por convenção das partes ou pelo juiz (ambos critérios de distribuição dinâmica do ônus da prova).

50. De acordo com a regra estática de distribuição do ônus da prova, ao autor incumbe o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

51. A repartição do encargo probatório também pode ser objeto de convenção pelas partes que se caracteriza como verdadeiro negócio jurídico processual, motivo pelo qual deve respeitar os pressupostos de existência, de validade e de eficácia de qualquer negócio jurídico, havendo óbice a sua celebração também na própria norma processual civil.

52. O CPC/2015, diferente do CPCpt, estabeleceu expressamente a possibilidade de flexibilização das regras de repartição do encargo probatório, consagrando a teoria da carga dinâmica da prova, mediante a presença de circunstâncias excepcionais, de modo que o ônus da prova deve incumbir à parte que se encontre em melhores condições de cumpri-lo, isto é, de provar, independentemente de sua posição processual ou a natureza dos fatos que necessitam da prova.

53. Sustentamos que seja possível a existência de convenção das partes seguida de distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, desde que subsista perplexidade do julgador, irreduzível na reconstituição da causa.

54. Quanto ao momento de aplicação da carga dinâmica da prova, defendemos que se trata de regra de procedimento e não regra de julgamento, de modo que o juiz deverá anunciar previamente às partes que vai empregá-la e ainda estabelecer claramente quais os fatos específicos cada parte se desincumbirá.

55. Haverá inversão do ônus da prova quando não é sobre a parte normalmente onerada com a prova do fato que recai o ônus de prová-lo, mas sobre a contraparte que incide o ônus de provar o fato contrário.

56. A inversão do ônus da prova qualifica-se como mecanismo para a promoção da igualdade, reduzindo as distâncias entre as partes litigantes ocasionadas por sua condição pessoal.

57. No Brasil, desde a vigência do CDC, estabeleceu-se a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, no art. 6º, VIII, inclusive de ofício pelo juiz, por meio de decisão fundamentada.

58. O disposto no art. 38 do CDC não caracteriza inversão do ônus da prova, mas somente uma regra especial de distribuição do ônus da prova que configura um caso de presunção legal relativa, pois deve ser aplicado como regra de julgamento e não de instrução.

59. As partes podem entabular negócio jurídico processual para modificar a repartição do ônus da prova previsto no art. 38 do CDC, pois se trata de direito do consumidor de cunho eminentemente processual, logo, sem caráter de indisponibilidade.

60. Em Portugal, a inversão do ônus da prova encontra-se descrita nos arts. 344º e 345 do CCpt, isto é, pode decorrer da lei ou de convenção das partes, mas o art. 417º do CPCpt estabeleceu outra hipótese de inversão do ônus da prova pelo Tribunal.

61. O momento processual adequado para a inversão do ônus da prova é preferencialmente o saneamento do processo, pois se trata de regra de instrução e não de julgamento.

62. Os requisitos para a inversão do ônus da prova com base na flexibilização das regras de repartição do encargo probatório são: a) insuficiência da regra estática de distribuição do ônus da prova que pode decorrer de dois fatores: a.1) impossibilidade de produção da prova, a.2) excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório, a.3) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; b) identificação clara e inequívoca de quem tem as melhores condições de produzir a prova; c) comunicação

prévia às partes da utilização da carga dinâmica da prova, sob pena de violação do princípio do contraditório.

63. Existem outros requisitos identificados na doutrina para a flexibilização das regras de repartição do encargo probatório que merecem destaque: a) decisão motivada, prolatada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, estabelecendo expressamente quais os fatos que devem ser objeto da flexibilização; b) que a redistribuição ocorra antes de prolatada a sentença, preferencialmente por ocasião do saneamento do processo; c) que não implique a exigência de produção de prova diabólica reversa (pressuposto negativo), ou seja, não poderá ensejar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber; d) que ocasione maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

64. O emprego da carga dinâmica da prova não pode ser ilimitado, antes deve restringir-se aos seguintes limites: a) caráter subsidiário, isto é, essa técnica somente pode ser empregada de modo excepcional apenas quando as demais regras não puderem ser atendidas pelas partes; b) preclusão *pro judicato*, ou seja, depois de encerrada a fase instrutória não pode o magistrado empregar a carga dinâmica da prova como regra de julgamento, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa, além de poder ensejar a prolação de decisão surpresa contrariando o princípio da cooperação.

65. A inversão do ônus da prova com fundamento no art. 6º, VIII, do CDC depende da demonstração inicial de um dos seguintes requisitos: a) verossimilhança das alegações do consumidor ou b) hipossuficiência do consumidor. A verossimilhança resulta da avaliação pelo juiz do material probatório disponível, das regras de experiência e das presunções simples. A hipossuficiência refere-se não somente ao aspecto econômico, mas representa na verdade a desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor.

66. Em seguida, o juiz deverá adotar as seguintes cautelas: a) verificar a ligação entre o fato alegado e o déficit informativo do consumidor, razão pela qual não se justifica uma inversão genérica do ônus

da prova em desfavor do fornecedor, sob pena de nulidade por violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa; b) não admitir a inversão na hipótese de impossibilidade de exigir da parte que produza prova contra si mesma; c) respeitar a vedação da exigência de produção de prova diabólica.

67. Sustentamos que mesmo diante da hipossuficiência do consumidor ou dada à verossimilhança de suas alegações, se ele possuir condições favoráveis para a produção da prova não deve ocorrer a inversão do ônus da prova e isso não estará em confronto absolutamente com os objetivos perseguidos pelo CDC, pois uma vez constatado no caso concreto que não existe a desigualdade abstratamente pressuposta pelo legislador para a produção de um fato não há necessidade de aplicação do dispositivo.

68. Em Portugal, podemos extrair das normas de regência sobre o assunto alguns requisitos para a inversão do ônus da prova: a) no caso de convenção das partes, o art. 344º do CCpt estabelece a necessidade de convenção válida, ou seja, deve o magistrado apurar previamente se o ajuste entabulado pelas partes mostra-se válido; b) na hipótese de impossibilidade de produção da prova pelo onerado em face de conduta da parte contrária, a jurisprudência tem entendido a necessidade de dois requisitos: b.1) que a prova de determinada factualidade, por ação – comissiva ou omissiva – da parte contrária se tenha tornado impossível de fazer; b.2) que tal comportamento, da mesma parte contrária, lhe seja imputável a título culposos.

69. Diante da omissão legislativa, a doutrina brasileira tem entendido majoritariamente que deve ser adotada a regra estática de distribuição do ônus da prova no processo coletivo, mas com a superveniência do CPC/2015, abriu-se a expressa possibilidade de convenção das partes e a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova.

70. Entretanto, sustentamos a possibilidade do emprego de novo paradigma para a repartição do encargo probatório no processo coletivo, não mais se justificando a aplicação indiscriminada da regra estática.

71. A interpretação das normas jurídicas que circundam a tutela dos interesses supraindividuais indica as seguintes conclusões: a) as leis são formuladas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, mas em sentido amplo, motivo pelo qual não descem a minúcias, razão pela qual incumbe ao intérprete a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto para possibilitar a fixação do alcance da regra; b) não há determinação completa entre a sentença judicial e a lei porque a lei não pode vincular todas as direções ou aspectos da sentença havendo margem de livre apreciação; c) não há obrigatoriedade de interpretação unívoca da norma jurídica diante da possibilidade de outras soluções possíveis; d) a omissão do legislador em relação à repartição do encargo probatório no processo coletivo admite a atuação criativa do juiz em busca da interpretação que melhor se amolde à finalidade perseguida pela demanda que é, primordialmente, a tutela dos interesses supraindividuais; e) as demandas de massa atualmente encontram-se num plano de importância e de discussão muito superiores ao tempo da edição da LACP, do CDC e da Lei n. 83/95, razão pela qual não se pode mais enxergar a omissão legislativa como outrora, especialmente no caso do Brasil em que sobreveio recentemente o CPC/2015 modificando substancialmente as regras de distribuição do ônus da prova.

72. Na hipótese de processo coletivo no Brasil, o intérprete deverá verificar primeiramente na LACP se existem normas que podem ser aplicadas à distribuição do ônus da prova no processo coletivo; em seguida, investigar no Título III do CDC se é possível suprimir a lacuna; se não houver disposição legal deverão ser investigados o próprio CDC e os demais diplomas que integram o microssistema da tutela coletiva; por fim, não sendo suprimida a lacuna, aplica-se o CPC/2015.

73. Ao aplicar a fórmula acima descrita, defendemos o emprego das seguintes regras, para repartição do encargo probatório no processo coletivo brasileiro: a) art. 6º, VIII, do CDC como norma de regência, isto é, regra geral, desde que presentes os requisitos legais; b) não sendo possível a sua incidência, o juiz deve investigar a possibilidade de emprego do §1º do art. 373 do CPC/2015, aplicado subsidiariamente, com a possibilidade de

flexibilização das regras de distribuição do encargo probatório, autorizando, também, a inversão do ônus da prova, mas sob novo fundamento; c) não havendo possibilidade de flexibilização, aplica-se a regra estática.

74. Essa tese encontra os seguintes fundamentos: a) o art. 19 da LACP foi incluído no ordenamento jurídico no ano de 1985, época na qual ainda não existia o microssistema jurídico fundado a partir da vigência do CDC, no ano de 1991; b) não se mostra aceitável a adoção de regra de repartição do encargo probatório no processo coletivo com base num dispositivo isolado quando a noção do processo coletivo brasileiro passa necessariamente pela composição de diversos dispositivos legais e pela consideração de um microssistema jurídico; c) o CPC/2015 estabeleceu a modificação substancial do regime de repartição do encargo probatório e não há motivos plausíveis para a exclusão do processo coletivo dessa nova dimensão; d) o CPC/2015 estabeleceu expressamente a possibilidade de flexibilização das regras de repartição do ônus probatório “nos casos previstos em lei” e o CDC estipulou expressamente essa alternativa; e) a regra descrita no art. 6º, VIII, do CDC, pode ser aplicada não apenas às demandas de consumo, mas também pode ser adotada pelo juiz como regra em relação a todos os feitos afetos à proteção descrita na LACP, como meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, além da tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística.

75. A prevalência da carga dinâmica sobre a regra estática justifica-se, a nosso ver: a) em razão da natureza das lides coletivas, de maior complexidade; b) em face dos interesses tutelados que merecem destacada proteção; c) diante da insuficiência da regra estática para garantir às partes a efetividade do processo coletivo justo.

76. O disposto no art. 19 da LACP deve ser interpretado em harmonia com as disposições do CPC/2015, de modo que não veda a inversão do ônus da prova no processo coletivo.

77. O art. 21 da LACP não excluiu a possibilidade de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, mesmo não se encontrando em seu Título III, porque

a existência do microssistema processual coletivo indica a aplicação das normas do CDC independentemente de sua localização.

78. O microssistema processual coletivo harmoniza-se em torno da conjugação das normas legais e nisso não há qualquer ilicitude por parte do juiz.

79. A possibilidade de juízes diversos decidirem de maneira diferente, desde que respeitadas as súmulas vinculantes, decorre do próprio sistema constitucional e processual brasileiro, e não enseja, por si só, qualquer perigo de insegurança jurídica porque às partes estará assegurado o duplo grau de jurisdição.

80. A solução apresentada nesta investigação reveste-se de inegável incentivo ao ativismo judicial em face da interpretação criativa das normas que regulam o processo coletivo o que se sobrepõe ao passivismo que se consubstancia na mera repetição de normas jurídicas, sem maiores questionamentos ou reflexões o que não pode mais encontrar espaço no ordenamento jurídico.

81. Em que pese a criatividade da proposição, ela se fundamenta em critérios eminentemente legais, cuja composição decorre da própria existência do microssistema processual coletivo, de forma que a margem de criatividade encontra-se bastante reduzida.

82. A relevância do tema em torno do processo coletivo também justifica a adoção de conduta ativista por parte do juiz com o objetivo de viabilizar a tutela dos interesses supraindividuais que é o tema da lide.

83. A conduta ativista do juiz também se baseia na necessidade de evitar a prolação de decisões injustas baseadas em conjunto probatório deficiente e originado pela passividade do juiz.

84. Defendemos que no Brasil não se pode admitir a inversão do ônus da prova no processo coletivo depois de adotada pelo magistrado a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, não é possível a inversão dos ônus dinâmicos da prova, porque implicaria atribuir ao menos capaz a produção da prova.

85. Sustentamos ser perfeitamente admissível a convenção das partes no processo coletivo, por meio de negócio jurídico processual, para

distribuírem de modo diverso o ônus da prova, mas novamente defendemos a possibilidade de controle por parte do magistrado.

86. Em Portugal, diante da omissão do legislador, a solução é a adoção da regra estática de repartição do ônus da prova no processo coletivo, mas se mostra perfeitamente possível a convenção das partes sobre o encargo probatório, não havendo possibilidade de flexibilização das regras de repartição do encargo probatório em face da ausência de normas expressas ou suficientes para viabilizá-la.

87. Além disso, o art. 411º do CPCpt legitima a atuação concreta do juiz para a superação de um quadro de perplexidade diante da omissão das partes em relação a seu encargo probatório, não para modificá-lo expressamente, mas somente para determinar a produção das provas úteis à superação dessa perplexidade mediante o atendimento da regra estática de distribuição do ônus da prova.

BIBLIOGRAFIA

AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2013.

ALENCAR FILHO, José Geraldo; RAMALHO, Priscilla Anunciada Alves Moreira. *Judicialização da política e ativismo judicial: definições e diferenças entre os institutos*. In: VALOIS, Bertha; ALENCAR FILHO, José Geraldo (Org.). *Dialogando Direito: o processo de constitucionalização do Direito, Aspectos, Desafios e Consequências*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2015, p. 237-253.

ALEXANDRIDIS, Georgios J. I. B. *Questionamentos sobre a prova no processo coletivo*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coord.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 107-125.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

ALLAN, James. *The Activist Judge – Vanity of Vanities*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 71-87.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do ônus da prova*. Revista de Processo, ano 18, n. 71, p. 46-63, julho-setembro de 1993.

ALVES, Francisco Luís Rios. *Atividade probatória dos juízes*. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Não publicada.

_____. *Prova ilícita e sua admissão no processo civil*. Revista da ESMAPE, Recife, v. 18, n. 38 tomo I, p. 295-392, jul. 2013.

ALVIM, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Revista de Processo, vol. 75, p. 273, jul/1994.

_____. *Reflexões sobre o ônus da prova*. Revista de Processo, ano 19, n. 76, p. 141-145, outubro-dezembro de 1994.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.

AURELLI, Arlete Inês. *A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial*. Revista Brasileira de Direito Processual, ano 24, n. 90, p. 73-85, abr./jun. 2015.

ÁVILA, Humberto. *O que é “Devido Processo Legal”?* In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 405-414.

BARBIERO, Sérgio José. *Cargas probatórias dinâmicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, n. 37, p. 140-150, janeiro/março de 1985.

_____. *O juiz e a prova*. Revista de Processo, n. 35, p. 189-184, abril/junho de 1984.

_____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 48, p. 111-118, 4º Trim. 1985.

_____. *Provas atípicas*. Revista de Processo n. 76, p. 114-126, outubro/dezembro de 1994.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 19/07/2016.

BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 151-189.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BELEZA, Maria dos Prazeres. *O ativismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova*. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/ippcivil/recursos-bibliograficos/5-papers>>. Acesso em: 15/07/2016.

BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. II, Buenos Aires, EJE, 1971.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale, anno LX, n. 2, p. 449-450, aprile/giugno 2005.

CALMON, Eliana. *Princípios e Garantias Constitucionais do Processo*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 493.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo judicial: conceitos e preconceitos*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 129, p. 76-82, dezembro/2013.

_____. *Direitos fundamentais do processo: devido processo legal e devido processo justo*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 117, p. 61-71, dezembro 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Casa Editrice Dott, 1936.

_____. *Sistema de direito processual civil, volume I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira*. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Sistema de direito processual civil, volume II. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira*. São Paulo: Classic Book Editora e Distribuidora de Livros Ltda, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório, vol. III*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *O princípio da igualdade processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 39-44, dez. 1981/dez. 1982.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, volume 3*. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume III*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia, 1945.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*. Rivista di Diritto Processuale, anno LIII (Seconda Serie), n. 4, p. 968-995, ottobre-dicembre 1998.

COSTA, Ana Surany Martins; CARVALHO, Newton Teixeira. *A magistratura diante da iniciativa probatória no moderno contexto processual civil: um confronto entre o juiz Pilatos versus o juiz contemporâneo*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, ano 19, n. 74, p. 149-181, abr/jun. 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, ano 24, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1998, vol. I*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista Jurídica, Notadez, n. 280, p. 5-20, fev. 2001.

DE PINA, Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Libreria de Porrua Hnos Y Cia, 1942.

DE SANTO, Victor. *La prueba judicial teoria y práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

DIAS, Marta João. *A fundamentação do juízo probatório: breves considerações*. Julgar, n. 13, p. 175-199, janeiro/abril 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de processo, n. 127, ano 30, p. 75-79, setembro de 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. TALAMI, Eduardo (Coords). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, p. 21-38, dezembro de 1981.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil, volume III*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DORIA, Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e o due process of law*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial, Tomo I*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1974.

_____. *Compendio de la prueba judicial, tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário da língua portuguesa*, 11ª ed., Rio de Janeiro, 1979.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo*. Revista de Processo, vol. 117, p. 129, set./2004.

FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum à luz do código revisto*. Lisboa: Coimbra Editora, 2010.

FREITAS, José Lebre de. REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado, vol. 1º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FREITAS, José Lebre de. MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado, vol. 2º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FUX, Luiz. *Processo e Constituição*. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 3-44.

GARCIA, André Almeida. *A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 91-124, jun. 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Niterói: Editora Impetus, 2009.

GIL, Arilson Garcia. *A inversão do ônus da prova e a inversão das despesas processuais*. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, n. 100, ano 9, p. 51-68, abril/2008.

GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, ano I, n. 3, p. 583-593, setembro-dezembro/1996.

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, p.384-407, janeiro/junho de 2007.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processo Civil, traduzido, revisado, adaptado e anotado por Ricardo Rodrigues Gama*. Curitiba: 2003.

_____. *Direito processual civil, Tomo I. Traduzido por Lisa Pary Scarpa*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?* Disponível em www.cartaforense.com.br/conteúdo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>. Acesso em 19/07/2016.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 369-383.

GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, n. 1, p. 47-65, janeiro/abril de 2007.

GRAZIOSI, Andrea. *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, n. 3, p. 693-726, settembre 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. Revista Genesis de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, ano 3, n. 9, p. 321-332, abril-junho 1996.

_____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1995.

HIGA, Flávio da Costa. *Breves apontamentos sobre as class actions for damages*. Revista Trabalhista Direito e Processo, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 194-213.

JORGE, Nuno Lemos. *Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*. Julgar, n.º 6, p. 99-106, setembro/dezembro 2008.

_____. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, n. 3, p. 61-84, setembro/dezembro de 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Os princípios do processo coletivo como elementos integrantes de um microssistema processual coletivo*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 128, p. 121-131, novembro/2013.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile, II*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ativismo judicial na tutela jurisdicional diferenciada*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, ano 24, n. 90, p. 307-315, abr./jun. 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial e efetividade do processo*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, suplemento al n. 1, p. 65-73, marzo 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC*. Revista do Advogado, ano XXVI, n. 89, p. 85-95, dezembro de 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil, volume II*. Campinas: Millenium Editora, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil, volume III*. Campinas: Millenium Editora, 2000.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. *Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais*. Revista da Ajuris, v. 30, n. 90, p. 9-27, junho/2003.

MARTINS, Dayane de Oliveira. *Ação popular: uma análise comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e português*. Lisboa, 2008. 35 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Ação popular – aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

_____. *Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha*. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-86, jul./dez. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: limites e possibilidades da jurisdição constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 175-221, jul. 2013.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, v. 165, p. 231-254, 2008.

MENDES, Elisa Solange Gome. *Criatividade da função jurisdicional ou ativismo judicial?* Lisboa, 2010. 32 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015

MENDES, João de Castro. *Direito processo civil, vol. III*. Lisboa: AAFDL, 1972.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MICHELI, Gian Antônio. *Curso de derecho procesal civil, volume I, Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1970.

_____. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional aditamentos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. *A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 61-81, dez. 2013.

MORO, Cássio Ariel. *A distribuição do encargo probatório nos processos coletivos*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (Coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 45-74.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. *O princípio da comunhão da prova*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). In: *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 111-130.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, n. 71, p. 31-38, julho/setembro 1992.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Ajuris, v. 30, n. 90, p.55-84, junho de 2003.

_____. *Princípios do contraditório e da ampla defesa*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil – Série IDP*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. *A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica*. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-36, maio 2014.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, n. 917, p. 175-202, março de 2012.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

PATTI, Salvatore. *La disponibilità delle prove*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXV, Supplemento al n. 1, p. 75-100, marzo 2011.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Verdade e finalidade da prova*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 161-190, nov. 2012.

PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LII, n. 1 e 2, p. 305-352, 2011.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 20, n. 78, p. 115-149, jan. 2012.

PEYRANO, Jorge Walter. *De la carga probatória dinámica embozada a sua consagración legislativa*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale, anno LIII, n. 3, p. 673-681, luglio-settembre 1998.

PUNZI, Carmine. *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*. Rivista di Diritto Processuale, Anno LVII (Seconda Serie), n. 3, p. 647-675, Luglio-Settembre 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, José Luís Bonifácio. *O sistema misto de valoração da prova*. O Direito, ano 146º (2014), III, p. 555-582.

RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. Revista de Processo, São Paulo, n. 38, vol. 224, p. 41-62, out. 2013.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 190, t. 1, p.89-102, abril/junho de 2011.

REICHEL, Luís Alberto. *A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial*. Revista de Processo, São Paulo, v.36, n.197, p.127-143, jul. 2011.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado, volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do CPC/2015*. Revista de Processo, São Paulo, n. 39, vol. 232, p. 13-35, jun. 2014.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Judicial Activism and Fidelity to Law*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 31-46.

_____. *Judicial Activism contra a austeridade em Portugal*. Int'l J. Const. L. Blog, 03 de dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2013/12/judicial-activism-againstausterity-in-portugal/>> Acesso em 06/07/2016.

ROCHA, Gabriela Paes de Carvalho. *A legitimidade ativa na ação popular: uma análise comparativa entre Portugal e Brasil*. Lisboa, 2006. 46 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2006.

ROSENBERG, Léo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

_____. *Tratado de derecho procesal civil, Tomo II*. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.

ROSSI, Júlio César. *A distribuição do ônus da prova nas relações de direito privado: será preciso, mesmo, mudar?* Revista de Direito Privado: RDPriv, v. 13, n. 51, p. 87-111, jul./set. 2012.

RUSCH, Erica. *Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 363-376, fev. 2009.

SÁ, Carla Sofia Rodrigues Neto de. *A acção popular ao serviço da tutela de interesses difusos: breve estudo*. Lisboa, 2014. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2014.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. *Ativismo judicial e direitos sociais*. RJLB, ano 2 (2016), n. 2, p. 929-1019.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SMITH, Steven D. *Judicial Activism and “Reason”*. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). *Judicial Activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 21-30.

SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil. Parte geral e processo declarativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

_____. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 128, p. 79-107, 2005.

_____. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giogio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *O “bom litigante” – riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 24, n. 90, abr./jun. 2015.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Il concetto di prova nel diritto processuale*. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014.

_____. *L’onere come figure processuale*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXVI, n. 2, p. 425-436, giugno 2012.

_____. *Poteri probatori delle parti e del giudice In Europa*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LX, n. 2, p. 451-482, giugno 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, volume I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TORRES, Artur Luís Pereira. *Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n., 69, p. 37-63, 2010.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VALE, Ionilton Pereira do. *O ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. Lisboa, 2010. 64 f. Relatório (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.) e WHITE, Inês Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

XAVIER, Trícia Navarro. *O “ativismo” do juiz em tema de prova*. Revista de Processo, vol. 159, p. 172, maio/2008.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 69, p. 17-34, dezembro-2008.

JURISPRUDÊNCIA

1. Brasil

Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br)

ADI 1.511-MC, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, PLENÁRIO, julgamento em 16-10-1996, DJ de 6-6-2003.

Ag. Reg. no RE 429.518-1-SC, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 05/10/2004.

AI 503617 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/02/2005, DJ 04-03-2005 PP-00030 EMENT VOL-02182-08 PP-01509 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 466-470 RTJ VOL-00195-01 PP-00363.

AI 578858 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 RTJ VOL-00211- PP-00561 RDDP n. 80, 2009, p. 150-151.

AI 666459 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00069 EMENT VOL-02301-22 PP-04497 RDDP n. 58, 2007, p. 169-171 RCJ v. 21, n. 138, 2007, p. 111.

ARE: 843684 GO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/11/2014, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 17/12/2014 PUBLIC 18/12/2014.

ED no RE 553.637-8, Relator: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 04/08/2009.

HC 75338, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, TRIBUNAL PLENO, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069.

HC 83.255, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, PLENÁRIO, julgamento em 5-11-2003, DJ de 12-3-2004.

HC 84.965, Relator: Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 10-04-2012 PUBLIC 11-04-2012.

HC 93.050 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 30/11/2007, publicado em DJe-155 DIVULG 04/12/2007 PUBLIC 05/12/2007 DJ 05/12/2007 PP-00022 RDDT n. 149, 2007, p. 169-172.

HC 93.250, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644.

RE 402717, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515.

RE 402035 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 06-02-2004 PP-00050 EMENT VOL-02138-09 PP-01761.

RE n. 219.117-4-PR, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 03/08/1999.

Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br)

Ag no Resp n. 261.373 - PE (2012/0250116-5). Relator: Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Agravante: Jose Valdir de Macedo. Advogado: Júlio Martins S Junior e outro(s). Agravado: União.

Ag no Resp n. 328.494 - SC (2013/0133986-4). Relator: Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Agravante: União. Agravado: Augusto Destro. Advogado: Enderson Luiz Vidal e outro(s).

AgRg no Ag 1.028.085/SP, Relator: Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 16/04/2010.

AgRg no AREsp n. 73.371 SP 2011/0186242-2, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 21/02/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2013.

AgRg no AREsp n. 502.542 SP 2014/0078384-1, Relator: Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 02/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA.

AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Relator: Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008.

AgRg no REsp 1.052.612/PB, Relator: Min. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 28/10/2013.

AgRg no REsp 1.149.914/MT, Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 26/10/2012.

AgRg no REsp 1.241.076/RS, Relator: Min. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 09/10/2012.

AgRg no REsp 1.300.588/RJ, Relator: Min. CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2012.

AgRg no REsp 1.318.862/BA, Relator: Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 01/03/2016.

REsp 422.778/SP, Relator: Min. CASTRO FILHO, Relator: p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220.

REsp 441.201/PR, Relator: Min. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2004, DJ 28/02/2005, p. 325.

REsp 510.150/MA, Relator: Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173.

REsp 662.608/SP, Relator: Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 242.

REsp 707.451/SP, Relator: Min. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 365.

REsp 716.386/SP, Relator: Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 15/09/2008.

REsp 720.930/RS, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009.

REsp 802.832/MG, Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

REsp 881.651/BA, Relator: Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 592.

REsp 949.000/ES, Relator: Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008.

REsp 1.095.479/RJ, Relator: Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010.

REsp 1.253.672/RS, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/08/2011).

REsp N. 1.564.127 - RS (2015/0276090-0). Relatora: Min. Regina Helena Costa. Recorrente: Indústria de Conservas Minuano S/A. Advogado:

Alexandre Schlee Gomes E Outro(S). Recorrido: Fazenda Nacional. Julgado em 27/11/2015. Publicado em 03/12/2015.

RHC 12.266/SP, Relator: Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 298.

Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (www.tjam.jus.br)

TJ-AM - APL: 07195088020128040001 AM 0719508-80.2012.8.04.0001, Relatora: MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO GUEDES MOURA, Data de Julgamento: 22/02/2016, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 01/03/2016).

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (www.tjdft.jus.br)

TJ-DF - RI: 07071643320158070016, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 18/12/2015, SEGUNDA TURMA RECURSAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/01/2016.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (www.tjmg.jus.br)

TJ-MG - AC: 10498140008216001 MG, Relator: ALBERTO DINIZ JUNIOR, Data de Julgamento: 25/09/2014, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/10/2014).

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (www.tjpr.jus.br)

AI: 1144614 PR Agravo de Instrumento - 0114461-4, Relator: NOEVAL DE QUADROS, Data de Julgamento: 11/03/1998, Quinta Câmara Cível.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br)

Apelação Cível: 70043539402 RS, Relatora: MARA LARSEN CHECHI, Data de Julgamento: 12/11/2012, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2012.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (www.tjsp.jus.br)

APL: 00065691420008260197 SP 0006569-14.2000.8.26.0197, Relator: CARLOS ALBERTO DE SALLES, Data de Julgamento: 11/02/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/02/2014).

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (www.trf4.jus.br)

EIAC 91.04.16988-3 – RS – TR – Relator: Juiz VLADIMIR FREITAS – DJU 21.10.92

2. Portugal (www.dgsi.pt)

Tribunal Constitucional

AC. 86/88, pub. no Diário da República, II, de 22-08-1988.

Acórdão n. 254/99, de 4 de maio.

Supremo Tribunal de Justiça

Acção popular n. 01A4039, Relator: Pais de Sousa, julgado em 24/01/2002.

Ac. STJ de 20-09-2006, Relator: Armindo Monteiro.

Ac. STJ de 15-11-2007, Relator: Santos Carvalho.

Ac. STJ de 2-04-2008, Relator: Santos Cabral.

Ac. STJ de 5-07-2012, Relator: Santos Carvalho.

Recurso de Revista n. 09A197, Relator: Conselheiro Fonseca Ramos, julgado em 31/03/2009.

Recurso de Revista n. 08S149, Relator: Conselheiro Sousa Peixoto, julgado em 17/04/2008.

Recurso n. 06S3210, Relator: Conselheiro Pinto Hespanhol, julgado em 01/03/2007.

Recurso de Revista n. 07B3011, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 09/10/2008.

Recurso de Revista n. 08P481, Relator: Conselheiro Serra Baptista, julgado em 17/04/2008.

Reclamação n. 08A660, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 06/05/2008.

Recurso de Revista n. 07A562, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 22/03/2007.

Recurso de Revista n. 845/13, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 17/12/2015.

Uniformização de Jurisprudência n. 1520/2004, Relator: Conselheiro Pinto de Almeida, julgado em 14/05/2015.

Uniformização de Jurisprudência n. 314/2000, Relatora: Conselheira Ana Paula Boularot, julgado em 21/10/2014.

Recurso de Revista n. 06A3687, Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas, julgado em 21/11/2006.

Uniformização de jurisprudência n. 087158, Relator: Conselheiro Miranda Galvão, julgado em 22/04/1997.

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. TRC de 10-07-2013, Relator: Jorge Dias.

Apelação n. 1325/03.9TBTNV.C1. Relator: Arlindo Oliveira. Data do acórdão: 18-05-2010. Tribunal: Torres Novas.

Apelação n. 31156/10.3YIPRT.C1. Relator: Henrique Antunes. Data do acórdão: 19-12-2012. Tribunal: Tribunal Judicial de Viseu – 2º Juízo Cível.

Tribunal da Relação de Lisboa

Apelação n. 7371/2007-1, Relatora: Maria Rosário Barbosa, julgado em 19-02-2008.